

# AFFIRMATION DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE RAPPORT ISSU DE LA CONFÉRENCE ANNUELLE DE L'ICAJ SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES ET LE DROIT

Tenue à Vancouver et en ligne | Du 17 au 19 novembre 2021

Par Nathan Afilalo, juin 2022

RAPPORT ISSU DE LA 45<sup>e</sup> CONFÉRENCE ANNUELLE



*Sacred Circle, par l'artiste Salish de la côte de la Première Nation Lyackson, Dylan Thomas*

# Affirmation de l'autonomie gouvernementale

## Rapport issu de la conférence annuelle de l'ICAJ sur les peuples autochtones et le droit

**Auteur :** Nathan Afilalo, avocat, ICAJ

### Remerciements spéciaux :

#### PRÉSIDENT D'HONNEUR

L'honorable Murray Sinclair

#### PRÉSIDENT

L'honorable Robert J. Bauman, juge en chef de la Colombie-Britannique et de la Cour d'appel du Yukon

#### COMITÉ ORGANISATEUR

##### Coprésidents

L'honorable James W. O'Reilly, juge à la Cour fédérale; président, ICAJ

L'honorable P. Colleen Suche, juge à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba; première vice-présidente, ICAJ

##### Membres

L'honorable Thomas J. Crabtree, juge à la Cour suprême de la Colombie-Britannique; administrateur judiciaire en chef, INM

Jennifer Cox, avocate principale, Commission des pertes massives, Nouvelle-Écosse

Professeure Aimée Craft, Université d'Ottawa

L'honorable Tina Dion, juge à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique

L'honorable Tracy Engelking, juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario

L'honorable Melissa Gillespie, juge en chef de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Mark Gervin, chargé de cours/directeur des services juridiques, Indigenous Community Legal Clinic

Professeur Jeffery Hewitt, Osgoode Hall Law School, Université York

Adam Letourneau, c.r., fondateur et associé directeur, Letourneau LLP

Professeur Bradford Morse, Faculté de droit, Université Thompson Rivers

L'honorable Michelle O'Bonsawin, juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario

Christine O'Doherty, avocate; directrice générale, ICAJ

Professeur Kent Roach, Faculté de droit, Université de Toronto

Scott Robertson, associé, Nahwegahbow Corbiere Genoodmagejig Barristers & Solicitors

L'honorable Michael Wood, juge en chef de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse; deuxième vice-président, ICAJ

## Table des matières

<b>PARTIE I</b> .....	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>3</b>
<b>LA VISION DU RAPPORT</b> .....	<b>3</b>
<b>PRISE D’ACTION</b> .....	<b>4</b>
<b>PARTIE II : La DNUDPA comme instrument d’autodétermination</b> .....	<b>8</b>
<b>LE CONTEXTE DES RAPPORTS, DES ENQUÊTES ET DES COMMISSIONS AU CANADA</b> .....	<b>8</b>
<b>L’ADOPTION DE LA DNUDPA AU CANADA</b> .....	<b>10</b>
<b>LA DNUDPA COMME INSTRUMENT JURIDIQUE</b> .....	<b>11</b>
Le contexte international.....	11
DNUDPA et autonomie gouvernementale.....	12
Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.....	13
<b>PARTIE III : Autodétermination et autonomie gouvernementale</b> .....	<b>16</b>
<b>LES RÉCITS DE L’AUTODÉTERMINATION</b> .....	<b>16</b>
<b>ANALYSES DE L’AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE</b> .....	<b>17</b>
<b>Partie IV : Droit autochtone</b> .....	<b>19</b>
<b>QU’EST-CE QUE LE DROIT AUTOCHTONE?</b> .....	<b>19</b>
Droit autochtone.....	19
Lois autochtones.....	22
<b>LA SIGNIFICATION DES LOIS AUTOCHTONES AU CANADA</b> .....	<b>25</b>
Droit à l’identité et à l’autodétermination.....	25
La Proclamation royale.....	28
Traités modernes et autonomie gouvernementale.....	30
L’incidence de la <i>Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis</i> sur le droit inhérent à l’autonomie gouvernementale.....	33
<b>PARTIE V : Conclusion</b> .....	<b>36</b>
<b>Un mot de remerciement</b> .....	<b>36</b>
<b>ANNEXE</b> .....	<b>38</b>

# **PARTIE I**

## **INTRODUCTION**

Du 17 au 19 novembre 2021, l'Institut canadien d'administration de la justice (ICAJ) a tenu sa 45<sup>e</sup> conférence annuelle sous le thème « Les peuples autochtones et le droit ». Au cours des trois jours, huit groupes composés d'aînés autochtones, de juges, d'avocats, d'universitaires et de professionnels du droit non autochtones ont discuté de questions allant de l'autonomie gouvernementale et des ordonnances juridiques autochtones jusqu'à la protection de l'enfance et aux expériences des étudiants autochtones à la faculté de droit. En tout, près de 500 personnes ont pu participer en personne et virtuellement.

Tout au long des divers sujets abordés, les expériences et la sagesse partagées ont soulevé une question fondamentale : l'autonomie gouvernementale des Autochtones. Tous les panels, sans exception, en ont fait mention. L'autodétermination était le récit à partir duquel les discussions ont commencé ou culminé. Le rapport qui suit reproduit les aspects de l'autonomie gouvernementale autochtone qui ont été mis en évidence et qui ont été repris tout au long de la conférence. Trois domaines généraux ont été abordés, soit la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en tant qu'instrument juridique, les récits juridiques liés à l'autonomie gouvernementale des Autochtones, ainsi que les lois autochtones et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Le rapport suivant porte sur ces sujets.

## **LA VISION DU RAPPORT**

Après le mot d'ouverture de la conférence, le chef Robert Joseph, O.C., O.B.C., ambassadeur de Réconciliation Canada et ancien directeur général de l'Indian Residential School Survivors Society, a parlé longuement de la réconciliation et de l'importance du rôle de l'individu au-delà de la sanction ou du mandat du gouvernement. Il a dit que la réconciliation, c'est plus qu'une question de politique et le droit, c'est « vous et moi... la façon dont nous commençons à comprendre comment nous nous percevons et entendons, et comment nous nous comprenons les uns les autres », et que le premier élément nécessaire pour y parvenir est la sensibilisation. Il a exhorté les membres de l'auditoire à consulter les ressources autochtones, à se renseigner sur les Autochtones et à promouvoir ce droit auprès de leurs collègues.

Le plan initial pour ce rapport consistait à discuter de ce qu'était l'autonomie gouvernementale en établissant un lien entre chacun des huit sujets des panels de la

conférence et les recommandations corrélatives de divers rapports et enquêtes produits au cours des 30 dernières années. Le but de cet exercice était de donner aux lecteurs, notamment aux intervenants non autochtones du système de justice, une ressource qui pourrait les orienter sur *la façon d'agir et de changer le paysage juridique canadien*. Le document aurait servi de guide aux intervenants du milieu de la justice en fonction des voix autochtones faisant autorité.

Toutefois, la formulation d'une série d'instructions, de recommandations et de règles ne correspondait pas à *la façon* dont l'autodétermination et l'autonomie gouvernementale des Autochtones ont été abordées à la conférence. Cela ne signifie pas, par exemple, que les 94 appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR) ont été négligés. Au contraire, ils ont souvent été cités, particulièrement dans le contexte du refus des gouvernements canadiens, par l'entremise des institutions coloniales, des structures juridiques et des mythes culturels, de reconnaître la capacité et le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale.

Cependant, les discussions portant sur ce que les gouvernements et les institutions du Canada ont été appelés à faire par les peuples autochtones en reconnaissance de la compétence autochtone étaient des conversations sur les institutions de gouvernance autochtones et les ordres juridiques eux-mêmes. Par conséquent, les discussions ont souvent porté sur des exemples de lois, de traditions juridiques, de compréhension de l'autonomie gouvernementale et de pratiques autochtones.

L'exploration de l'autonomie gouvernementale des Autochtones a comporté des exemples de communautés autochtones qui tissent leurs traditions à l'extérieur et à l'intérieur des limites du système juridique canadien. Un accent important a été mis sur les communautés autochtones qui revitalisent leurs institutions juridiques ou donnent une nouvelle expression à leurs lois, ainsi que sur les limites et les structures du cadre juridique et de l'imaginaire canadiens qui s'appliquent aux lois, aux ordres juridiques et à la compétence autochtones.

Le présent rapport suit donc les courants de ces discussions sur l'autodétermination des Autochtones, reproduisant les pensées, les idées et les exemples récurrents d'autonomie gouvernementale des Autochtones exprimés à la conférence.

## **PRISE D'ACTION**

Le premier matin de la conférence, les paroles de l'honorable Murray Sinclair ont clairement résonné lorsqu'il a parlé de la nécessité d'un changement au sein de la communauté juridique au Canada. Le changement requis est simple, car il est impératif

de prendre des mesures pour reconnaître et appuyer l'autonomie gouvernementale des Autochtones.

L'honorable M. Sinclair a fait état des préoccupations d'un étudiant autochtone qui lui a demandé pourquoi les peuples autochtones devraient respecter le droit canadien, alors que le droit canadien n'offre pas une telle courtoisie aux lois autochtones. L'honorable M. Sinclair a fait comprendre à l'auditoire que, jusqu'à ce que ces conflits soient réglés, en citant à titre d'exemples les problèmes qui persistent avec le projet Coastal Gaslink et les différends relatifs à la pêche au homard des Mi'kmaw, les peuples autochtones continueront d'être frustrés et de produire des affrontements plus importants avec de meilleurs outils à leur disposition. Le sentiment était très semblable à celui de la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones (CEAJA) du Manitoba dans sa défense de l'autonomie gouvernementale des Autochtones, entre autres réformes visant à commencer à réconcilier et à guérir les torts historiques et continus causés par la relation coloniale entre les peuples autochtones et le Canada<sup>1</sup>.

Lors de l'ouverture de la conférence, Deborah Sparrow, gardienne du savoir de la Première Nation Musqueam, a rappelé aux participants pourquoi il est nécessaire d'agir. Elle a dit que « les lois de ce pays ont été négligées ». Il faut agir pour changer la situation dans laquelle les ordres juridiques, les traditions et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des Premières Nations, des Inuits et des Métis sont ignorés par les lois canadiennes (ceux qui les créent et ceux qui les interprètent). L'histoire du Canada jusqu'à aujourd'hui démontre le coût de l'ignorance des « lois de ce pays ». Les peuples autochtones ont vécu avec des traités historiques coercitifs, des traités non respectés<sup>2</sup> et des processus de traités modernes coûteux et lents<sup>3</sup>. Les Autochtones ont enduré l'institution des pensionnats et ses séquelles toujours présentes, comme les taux disproportionnés d'incarcération des Autochtones<sup>4</sup>, le nombre important d'enfants pris en

---

<sup>1</sup> Manitoba. Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones. *Rapport de la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones*, vol. 1, *Le système de justice et les Autochtones*. (Winnipeg : Commission d'enquête, 1991) [CEAJA].

<sup>2</sup> Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, 2015, p. 1 [CVR, « Sommaire »]. Voir aussi l'aperçu au chapitre 1, « L'histoire ».

<sup>3</sup> Dirk Meissner, « B.C treaty process too slow says governments, native leaders » (12 avril 2015), Société Radio-Canada, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/b-c-treaty-process-too-slow-say-governments-native-leaders-1.302988>>

<sup>4</sup> Justice Canada, « Surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale » (mai 2019), ministère de la Justice, Rapports et publications, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/pf-jf/2019/may01.html>>

charge dans des familles d'accueil<sup>5</sup> et les disparités en matière d'éducation, de revenu et de santé entre les Autochtones et les autres Canadiens<sup>6</sup>.

Les remarques de l'honorable Robert J. Bauman, juge en chef de la Colombie-Britannique et juge en chef de la Cour d'appel du Yukon, prévoyaient les appels à la sensibilisation, à l'action et à l'échange lancés par les aînés qui ont ouvert la conférence, et y répondaient. Le juge en chef a clairement indiqué à l'auditoire, et en particulier aux experts et conférenciers autochtones présents, que lui et les juristes non autochtones qui l'accompagnaient sont « l'un de vos publics cibles ». Ils étaient ici pour apprendre.

Le juge en chef Bauman a reconnu que « le processus accusatoire a laissé tomber les peuples autochtones en tant que tribune de réconciliation », alors que les tribunaux peuvent agir comme « obstacles à la justice ». Il a poursuivi en disant que « la loi canadienne a étouffé la vérité et dissuadé la réconciliation » et que cette réalité « nous donne l'urgence et le devoir d'agir ». Le juge en chef a insisté sur le fait que la question de l'autodétermination des Autochtones est au cœur de l'obligation d'agir. Le changement requis est une plus grande place dans le paysage juridique canadien pour les lois autochtones et les expressions de l'autonomie gouvernementale.

Dans ces observations, le juge en chef a évoqué les propos de l'ancien juge en chef de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Finch, dans son article intitulé « The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Orders in Legal Practice ». Dans cet article, le juge Finch soutient qu'il est nécessaire de laisser de la place aux ordres juridiques autochtones dans le droit canadien<sup>7</sup>. Il commence par un sentiment partagé également au début de la conférence de l'ICAJ :

À l'instar de la majorité des juristes qui assistent à cette conférence, je me demande *comment*, d'un point de vue pratique, on peut obtenir cette reconnaissance (pour « laisser de l'espace »). La capacité actuelle et future des juges et des avocats d'aborder cette tâche d'une manière efficace et fondée sur des principes constitue une préoccupation centrale, voire primordiale, à cet égard<sup>8</sup>. (Traduction libre)

Dans leur document et leur mot d'ouverture respectif, l'ancien juge en chef et l'actuel juge en chef ont souligné que l'obligation d'agir dépend de l'apprentissage des limites qui

---

<sup>5</sup> [Gouvernement du Canada, « Réduire le nombre d'enfants autochtones pris en charge » \(17 janvier 2022\), Services à l'enfance et à la famille des Premières Nations, données du Recensement de 2016, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1541187352297/1541187392851>.](https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1541187352297/1541187392851)

<sup>6</sup> CVR, « Sommaire », *supra*, note 2, p. 136, voir l'analyse complète au chapitre intitulé « Les séquelles ».

<sup>7</sup> [Lance S.G. Finch, « The Duty to Learn: taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice », préparé pour la Continuing Legal Education Society of British Columbia \(novembre 2012\), section 2.1.1.](#)

<sup>8</sup> *Ibid.*, section 2.1.1.

encadrent l'obligation d'apprendre. Le juge en chef Bowman a expliqué que le rôle du juge est de « reconnaître la vérité », d'accepter l'autorité des ordres et des lois autochtones et, enfin, de comprendre non pas comment interpréter les lois autochtones, mais comment « interrelier ces systèmes [juridiques] ».

Le *devoir d'apprendre* se manifeste dans l'apprentissage de la perspective autochtone. L'objectif n'est pas d'établir un petit nombre de lois autochtones comme des joyaux dans le diadème pluraliste de la tradition juridique canadienne, mais de « trouver une façon d'exister ensemble dans un paysage culturel préexistant »<sup>9</sup>. L'échange dialogique entre les traditions juridiques ne nécessite pas simplement que le droit canadien ouvre son imagination juridique à l'intégration des traditions juridiques autochtones. Le système juridique canadien devrait plutôt reconnaître que ces traditions doivent être acceptées au sein des contextes et des traditions juridiques autochtones<sup>10</sup>.

Le juge en chef Bauman s'est tourné vers la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA) comme exemple de ce à quoi peut ressembler l'espace autochtone dans l'ordre juridique canadien. Le juge en chef Bauman a fait écho aux propos du rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>11</sup> et à la DNUDPA elle-même<sup>12</sup> : l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones ne peut pas être assimilée au sein de l'État canadien. Brenda Young, directrice de la justice communautaire, Première Nation des Chippewas de la Thames, a demandé si, dans le cadre de la reconstruction des lois autochtones, la compétence et la souveraineté des Autochtones sont perdues lorsqu'elles sont intégrées au système judiciaire canadien.

Afin d'empêcher que les actes de réconciliation se transforment en actes d'assimilation, le juge en chef a exhorté les juges et les avocats à se familiariser avec les lois autochtones pertinentes qui leur sont présentées<sup>13</sup>. Cela permet aux professionnels du droit de « reconnaître les fondements culturels » des lois et des connaissances autochtones, en les aidant à reconnaître leurs propres préjugés afin de ne pas « trop simplifier » et de traiter de façon réductrice les systèmes autochtones qui peuvent leur

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, section 2.1.8.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, « Objectifs du mandat », procédure spéciale du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/special-procedures/sr-indigenous-peoples>>.

<sup>12</sup> [Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : résolution / adoptée par l'Assemblée générale, 2 octobre 2007, A/RES/61/295, art. 8\(1\) \[DNUDPA\].](#)

<sup>13</sup> Finch, *supra*, note 7, section 2.1.4.

être présentés<sup>14</sup>. Par ailleurs, ces mêmes intervenants du système judiciaire doivent reconnaître l'expertise, l'autorité et la compétence des Autochtones sur une question pour la trancher correctement<sup>15</sup>. La compétence doit être partagée, les sources de connaissances et les autorités appropriées doivent être consultées, et les lois autochtones doivent être reconnues. Le juge en chef a insisté sur le fait que, pour y parvenir, il faut passer à l'action.

## **PARTIE II : La DNUDPA comme instrument d'autodétermination**

### **LE CONTEXTE DES RAPPORTS, DES ENQUÊTES ET DES COMMISSIONS AU CANADA**

L'action réclamée par les communautés autochtones auprès des décideurs non autochtones est saisie de façon poignante dans la façon d'appeler les 94 recommandations formulées par la CVR des « 94 appels à l'action ». Le terme « appel à l'action » choisi par la CVR plutôt que quelque chose de plus traditionnel comme « recommandation » témoigne de la nécessité du changement requis. Il convient de noter que l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* (ENFFADA) ainsi que la *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics au Québec : écoute, réconciliation et progrès* (rapport Viens), tous deux publiés en 2019, utilisent une terminologie tout aussi évocatrice pour présenter les changements proposés comme des « appels à la justice » et des « appels à l'action ». Nous pouvons contraster cette terminologie à celle du rapport de 2011 intitulé *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario*, qui contient des recommandations. Il est important de noter que, bien que ces rapports n'aient pas tous la même portée, chacun d'eux fait une analyse approfondie des questions explorées. Il s'agit plutôt ici de mettre en évidence la trame narrative de la CVR : (1) faire appel à une autre personne habilitée à (2) agir pour améliorer la situation actuelle en lançant des appels à l'action.

Publié en 2015, le rapport final de la CVR a consolidé les enjeux autochtones dans le discours politique et juridique canadien, en raison de la puissance du rapport ou des décennies persistantes de militantisme et de leadership autochtones<sup>16</sup>. Cependant, il suffit de regarder la lenteur de la mise en œuvre des 94 appels à l'action de la CVR

---

<sup>14</sup> John Burrows, *Canada's Indigenous Constitution* (Toronto, University of Toronto Press, 2010), p. 23-24 [Borrow, « Constitution »].

<sup>15</sup> Finch, *supra*, note 7, sections 2.1.5 à 2.1.7.

<sup>16</sup> [Eva Jewell et Ian Mosby, « Calls to Action Accountability: A 2021 Status Update on Reconciliation » \(Yellowhead Institute, 2021\), p. 9 \[Jewell et Mosby\].](#)

pour comprendre que le discours à lui seul n'a pas suscité d'action<sup>17</sup>. Selon la source consultée et les mesures<sup>18</sup> utilisées pour qualifier l'« achèvement » des appels à l'action individuels, entre 10<sup>19</sup> et 13<sup>20</sup> des 94 appels à l'action ont été menés à bien depuis 2015<sup>21</sup>.

La nature systémique de la léthargie par rapport aux mesures à prendre à l'égard d'enjeux bien documentés et avérés touchant les peuples autochtones du Canada est plus claire lorsque la portée des appels à l'action est élargie au-delà des 94 appels à l'action. Comme l'ancien chef national de l'Assemblée des Premières Nations et ancien coprésident de la Commission royale sur les peuples autochtones, George Erasmus, O.C., l'a rappelé à l'auditoire, la CRV s'ajoute à un ensemble beaucoup plus vaste d'appels à l'action et de recommandations issus de diverses commissions et enquêtes fondées sur les besoins des communautés autochtones au Canada. Si l'on considère l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations et des appels à l'action de la CEAJA<sup>22</sup>, de la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA)<sup>23</sup>, de l'ENFFADA et du rapport Viens, il devient évident que même la lecture la plus charitable de la mise en œuvre des 94 appels à l'action n'est pas une source de fierté. Ce point est également soulevé lorsqu'on examine les rapports et les enquêtes qui approfondissent des domaines plus précis et qui contiennent des conclusions et des recommandations faisant des appels à l'action et au changement<sup>24</sup>. Cependant, les travaux de ces commissions et enquêtes n'ont pas été vains.

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 4 et 5.

<sup>19</sup> Indigenous Watchdog, « What's happening with Reconciliation? Indigenous Watchdog Updates: Dec 5, 2021 » (5 décembre 2021), *Indigenous Watchdog*, en ligne (blogue) : <https://indigenouswatchdog.org/2021/12/07/whats-happening-with-reconciliation-indigenous-watchdog-Indigenous-Watchdog/> [Indigenous Watchdog].

<sup>20</sup> CBC News, « Beyond 94: Truth and Reconciliation in Canada » (19 mars 2018), en ligne (blogue) : <https://newsinteractives.cbc.ca/longform-single/beyond-94?&cta=>> [Beyond 94].

<sup>21</sup> Vous trouverez des exemples de ressources dans les notes ci-dessus : Jewell et Mosby, *supra*, note 16. Indigenous Watchdog, *supra*, note 19. Beyond 94, *supra*, note 20.

<sup>22</sup> CEAJA, *supra*, note 1.

<sup>23</sup> Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, volume 1 : Un passé, un avenir* (Ottawa : Groupe Communication Canada, 1996) [CRPA, vol. 1].

<sup>24</sup> Ardith Walpetko We'dalx Walkem, *Expanding Our Visions: Cultural Equality, Indigenous Peoples and Human Rights, In Plain Sight: Addressing Indigenous-specific Racism and Discrimination in B.C. Health Care* (Vancouver : British Columbia Human Rights Tribunal, 2020). Frank Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (Toronto : ministère du Procureur général de l'Ontario, 2013).

## L'ADOPTION DE LA DNUDPA AU CANADA

L'un des nombreux legs durables de la CVR dont il a été question lors de la dernière table ronde de la première journée de la conférence a été la façon dont la CVR a propulsé la DNUDPA dans le discours juridique et politique canadien. En 2019, la Colombie-Britannique a promulgué la *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*<sup>25</sup> (DRIPA), qui vise à s'assurer que toutes les lois de la province sont conformes à la DNUDPA<sup>26</sup>. La CVR a désigné la DNUDPA comme le cadre de réconciliation à adopter par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et les administrations municipales<sup>27</sup>. Adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007, les 46 articles qui composent la DNUDPA présentent une structure de normes minimales explicitant « les normes existantes des droits humains et des libertés fondamentales dans leur application à la situation particulière des peuples autochtones »<sup>28</sup>. Durant l'été 2021, le gouvernement fédéral a adopté la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>29</sup> afin de confirmer que la DNUDPA trouve application au Canada<sup>30</sup>, d'encadrer sa mise en œuvre à l'échelle fédérale<sup>31</sup> et de « veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration »<sup>32</sup>. De plus, la DNUDPA est de plus en plus utilisée comme source normative pour l'interprétation des droits, et elle a notamment été citée par la Cour d'appel du Québec dans une décision sur un renvoi dans laquelle elle a interprété l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme s'il prévoyait un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale (cette décision est abordée plus en détail ci-dessous)<sup>33</sup>. Ces progrès montrent que, malgré la lenteur de la mise en œuvre des recommandations de la CVR, de la CRPA, de la CEAJA et de l'ENFFADA, la DNUDPA est prometteuse en tant qu'instrument.

---

<sup>25</sup> [Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act, SBC 2019, ch. 44](#) [Déclaration de la C.-B.].

<sup>26</sup> *Ibid.*, art. 2 et 3.

<sup>27</sup> [Commission de vérité et de réconciliation du Canada : « Truth and Reconciliation Commission of Canada: 94 Calls to Action » \(2015\), en ligne : <\[https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/british-columbians-our-governments/indigenous-people/aboriginal-peoples-documents/calls\\\_to\\\_act\]\(https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/british-columbians-our-governments/indigenous-people/aboriginal-peoples-documents/calls\_to\_act\)>](#).

<sup>28</sup> [Nations Unies, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » \(2022\), Département des affaires économiques et sociales : Peuples autochtones, en ligne : <<https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-fr/drip.html>>](#).

<sup>29</sup> *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, ch. 14, [Déclaration fédérale].

<sup>30</sup> *Ibid.*, alinéa 4a).

<sup>31</sup> *Ibid.*, alinéa 4b).

<sup>32</sup> *Ibid.*, art. 5.

<sup>33</sup> *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185, para 513 [Renvoi].

Cependant, de nombreux intervenants ont déploré la lenteur de la mise en œuvre de la DNUDPA dans les pays où elle a été intégrée à la loi<sup>34</sup>. La CVR insiste sur le fait qu'une action soutenue est la clé pour atteindre les objectifs de la DNUDPA. L'appel à l'action n° 43 de la CVR est instructif :

Nous demandons au gouvernement fédéral, aux provinces et aux territoires de même qu'aux administrations municipales d'adopter et de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation<sup>35</sup>.

La CVR souligne qu'une série d'actions continues et concertées, de « stratégies » et de « mesures concrètes » sont nécessaires pour établir une nouvelle relation de respect mutuel, de reconnaissance et de protection entre les peuples autochtones et les normes sociétales et les structures gouvernementales canadiennes. Le succès de la DNUDPA et de tous les appels à l'action et à la justice et des recommandations issus des rapports et des enquêtes susmentionnés se mesure par leur effet fondamental, et non leur simple adoption officielle ou reconnaissance gouvernementale. Il y a eu beaucoup de discussions à la conférence sur la façon de produire le changement de fond que représente l'adoption des promesses de la DNUDPA, particulièrement en ce qui concerne l'autonomie gouvernementale. C'est à son utilisation comme instrument juridique que nous nous tournons maintenant.

## LA DNUDPA COMME INSTRUMENT JURIDIQUE

### Le contexte international

En droit international, l'*autodétermination* est le droit juridique d'un peuple de se gouverner lui-même sans ingérence extérieure des États-nations<sup>36</sup>. C'est un principe général et fondamental qui découle du droit international coutumier<sup>37</sup>. Aujourd'hui, l'autodétermination est enchâssée dans de nombreux traités internationaux et instruments juridiques<sup>38</sup>, même si elle a d'abord été adoptée dans la Charte des

---

<sup>34</sup> Jacob Cardinal, « First Nation leaders say BC implementation of UNDRIP is too slow » (2 janvier 2022), *The Toronto Star*, en ligne : <<https://www.thestar.com/news/canada/2022/01/02/first-nation-leaders-say-bc-implementation-of-undrip-is-too-slow.html>>.

<sup>35</sup> *Supra*, note 27, appel à l'action n° 43.

<sup>36</sup> *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Assemblée générale, résolution 2696 (XXV), Assemblée générale des Nations Unies, 25<sup>e</sup> session, supp. n° 28, p. 131, Doc. ONU A-8028 (1971), adoptée par consensus le 24 octobre 1970. Voir aussi : *Déclaration à l'occasion du cinquantième anniversaire des Nations Unies*, Assemblée générale, résolution 50/6, 9 novembre 1995.

<sup>37</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 1998 CanLII 793 (CSC), para 114 [*Renvoi relatif à la sécession*].

<sup>38</sup> *Ibid.*, para 117 et 120.

Nations Unies en 1948<sup>39</sup>. L'article 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDGP) et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIRDESC) des Nations Unies contient une définition générale du droit, qui stipule que :

Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel<sup>40</sup>.

Il est à noter que l'autodétermination est définie ici comme un concept juridique et un droit. Par conséquent, le fait d'y faire référence dans des documents juridiques ne signifie pas que les peuples autochtones n'exerçaient pas ou ne cherchaient pas à établir des formes d'autodétermination et de gouvernance avant son introduction en tant que droit dans les lois canadiennes. Comme l'indiquent plutôt les motifs rendus au sujet du récent renvoi à la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*<sup>41</sup>, l'autodétermination est un droit qui est appuyé et renforcé par les activités menées sans relâche par les peuples autochtones avant qu'il ne devienne une réalité au Canada.

## **DNUDPA et autonomie gouvernementale**

La DNUDPA est le fruit de près de 25 ans de délibérations par des groupes autochtones et des États membres des Nations Unies sur l'articulation de l'autodétermination dans un contexte de droits des peuples autochtones<sup>42</sup>. La DNUDPA établit un cadre universel de normes minimales « nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde », qui précise les normes existantes en matière de droits de la personne, en mettant l'accent sur les droits collectifs et l'histoire durable des relations coloniales entre les peuples autochtones et les États colonisateurs<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> *Charte des Nations Unies*, 1945, 1 UNTS XVI, paragr. 1 (2) : « Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes » [Charte des Nations Unies]. Voir aussi : *Charte des Nations Unies*, *supra*, note 39, art. 55.

<sup>40</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 U.N.T.S. 171, art. 1 [PIRDGP]. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 999 U.N.T.S. 3, art. 1 [PIRDESC]. Voir l'analyse dans la décision *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 37, para 111 à 123. Voir [Déclaration des Nations Unies](#), *supra*, note 12, art. 3.

<sup>41</sup> Meissner, *supra*, note 3.

<sup>42</sup> *Supra*, note 28, « Aperçu historique ».

<sup>43</sup> [Déclaration des Nations Unies](#), *supra*, note 12, préambule, para 6 : « Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts ».

Fait important, le préambule de la DNUDPA précise que rien dans la Déclaration ne peut être utilisé pour refuser aux peuples leur droit à l'autodétermination. L'article 3 énonce que les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination, en reprenant le libellé du PIRDCP<sup>44</sup>. L'article 4 précise que :

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes<sup>45</sup>.

L'article 4 peut être interprété comme favorisant une forme d'autodétermination interne dans sa référence aux « affaires intérieures et locales ». Cela peut être compris implicitement de la DNUDPA dans son ensemble par la nature même du document dans le contexte de la négociation des droits des Autochtones. Cela fait ressortir ce que certains ont soutenu être les compromis<sup>46</sup> que les peuples autochtones ont dû faire dans la rédaction de la DNUDPA de concert avec des États qui eux-mêmes ne voulaient pas promouvoir un compromis sur leur intégrité territoriale dans l'élaboration de l'autodétermination ou de solides droits collectifs<sup>47</sup>.

### **Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause**

Malgré cela, la DNUDPA présente néanmoins un système de droits et d'obligations solides liés à l'autodétermination des peuples autochtones<sup>48</sup>. L'un des concepts énoncés dans la Déclaration est la norme internationale<sup>49</sup> élaborée par les peuples autochtones

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, art. 3; cet article reprend le libellé du PIRDCP, du PIDESC, de la Déclaration de Vienne et du Programme d'action, qui sont également affirmés avec la Charte des Nations Unies dans son préambule : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

<sup>45</sup> *Ibid.*, art. 4.

<sup>46</sup> [Claire Charters, « A Self-Determination Approach to Justifying Indigenous Peoples' Participation in International Law and Policy » \(2010\), \*International Journal on Minority and Group Rights\*, vol. 17, p. 219.](#) Voir aussi [Karen Engle, « On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights » \(2011\), \*European Journal of International Law\*, vol. 22, n° 1, p. 141.](#)

<sup>47</sup> *Renvoi relatif à la sécession, supra*, note 37, para 126.

<sup>48</sup> Michael Murphy, « Indigenous Peoples and the Struggle of Self-Determination: A Relational Strategy » (2019), *Canadian Journal of Human Rights*, vol. 8, n° 1, p. 67 (CanLII), à la p. 69 [Murphy].

<sup>49</sup> Le CPLCC a été reconnu dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la Convention 169 de l'OIT et la Convention sur la diversité biologique (CDB), ainsi que dans d'autres instruments internationaux qui ont été interprétés comme le PIRDCP, le PIRDESC et la CIETFD (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale), entre autres : <https://www.fao.org/3/i6190f/i6190f.pdf>

en matière de « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » (CPLCC)<sup>50</sup>. Le CPLCC est un droit qui s'applique aux peuples autochtones « de donner ou refuser leur consentement à un projet pouvant avoir des incidences sur eux ou sur leurs territoires », ainsi que la capacité de retirer leur consentement et de négocier les conditions en vertu desquelles le projet est conçu, mis en œuvre, surveillé et évalué<sup>51</sup>. Bien qu'il n'existe pas de définition universelle du CPLCC, il s'applique couramment aux processus décisionnels dans le domaine de l'extraction des ressources sur les terres autochtones<sup>52</sup>. L'article 32 de la DNUDPA fournit un exemple du CPLCC en tant que principe général, en précisant ceci :

1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.
2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.

S'exprimant à l'avant-dernière table ronde de la conférence sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones, Merle Alexander a expliqué que le « consentement » dans le cadre du CPLCC implique l'élaboration de processus décisionnels « relationnels et continus » établis entre une communauté autochtone, le promoteur du projet ou les intermédiaires de la Couronne. Le CPLCC permet l'application des lois d'une Première Nation à un projet en utilisant ses normes juridiques et ses institutions comme fondement des processus décisionnels et de règlement des différends établis au moyen d'un libellé juridiquement contraignant.

M. Alexander a expliqué que le « consentement » ne signifie pas un veto, mais plutôt des mécanismes visant à contextualiser un projet qui touche les peuples autochtones dans le cadre de leurs propres normes, institutions et compétences<sup>53</sup>. Les processus fondés sur le consentement signifient que la communauté autochtone établit avec un promoteur de projet les conditions de la progression du projet ainsi que les processus subséquents

---

<sup>50</sup> [Déclaration des Nations Unies, supra, note 12](#); voir les art. 10, 11(2), 19, 28, 29(2) et 32 pour des exemples de CPLCC dans la DNUDPA.

<sup>51</sup> Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, « Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause : Un droit des peuples autochtones et une bonne pratique pour les communautés locales : Manuel des praticiens de projet » (2016), p. 31-32, en ligne : <https://www.fao.org/3/i6190f/i6190f.pdf>.

<sup>52</sup> [Déclaration des Nations Unies, supra, note 12](#). Le CPLCC ne se limite pas à l'extraction des ressources, comme le démontrent l'article 10 et le paragraphe 11(2) de la DNUDPA.

<sup>53</sup> [L'honorable Jacques Viens, Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics : écoute, réconciliation et progrès : Rapport final \(Québec, 2019\), p. 220 à 223.](#)

de règlement des différends en cas de désaccord. Ce processus a lieu avant que les travaux physiques d'un projet ne commencent et se poursuit tout au long de sa durée de vie. Le double avantage est que la nation exerce son droit à l'autodétermination tandis que le projet bénéficie d'une plus grande certitude juridique, car la contribution des Autochtones est donnée directement tout au long de la vie d'un projet au moyen de mécanismes de consentement clairement établis et culturellement pertinents<sup>54</sup>.

Un modèle de consentement s'éloigne du modèle actuel de consultation et d'accommodement. Rendu en 2004 par la Cour suprême du Canada, l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*<sup>55</sup> a établi que le devoir du gouvernement consiste à « tenir compte réellement » des préoccupations des Autochtones par la consultation sur les projets qui touchent les terres autochtones, y compris dans les cas où le titre est contesté sans obligation de conclure une entente avec la communauté autochtone touchée<sup>56</sup>. Cette obligation est fondée sur le rôle de fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples autochtones. En revanche, les obligations relatives au CPLCC découlent de la compétence même d'une communauté, qui établit un partenariat direct avec un promoteur de projet plutôt qu'avec des intervenants tiers.

Comme l'indique l'article 4 de la DNUDPA, l'autodétermination englobe la notion d'autonomie gouvernementale, et le CPLCC constitue un cadre solide à cette fin. En tant que modalité ou aspect de l'autodétermination, l'autonomie gouvernementale peut être comprise comme l'exercice de la compétence des peuples autochtones par la conception et le contrôle d'institutions gouvernementales qui rendent directement compte à leurs propres citoyens, répondent aux besoins et aux priorités des Autochtones et reflètent leurs propres institutions et cultures<sup>57</sup>. Bien que la forme d'autonomie gouvernementale ne soit pas monolithique, au Canada, l'autonomie gouvernementale autochtone implique une compétence qui dépasse les limites territoriales d'une réserve ou les limites légales prescrites à une « bande indienne » en vertu de la *Loi sur les Indiens*<sup>58</sup>. Cependant, même cette déclaration n'est pas universelle, car il y a des personnes sans statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*, les Métis n'ont été inclus que récemment comme titulaires des droits liés à l'article 35 en tant qu'Autochtones, et il y a ceux qui prétendent n'avoir jamais

---

<sup>54</sup> [John R. Woen et Deanna Kemp, « Free prior and informed consent, social complexity and the mining industry: Establishing a knowledge » \(2014\), \*Resources Policy\*, vol. 41, n° 1 \(Science Direct\), p. 91.](#)

<sup>55</sup> *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73.

<sup>56</sup> *Ibid.*, para 37, 42 et 49.

<sup>57</sup> Murphy, *supra*, note 48, p. 69.

<sup>58</sup> Alan Hanna, « Spaces for Sharing: Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape », *UBC Law Review*, vol. 51, n° 1 (2018), p. 136. *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, ch. I-5.

cédé de territoire au gouvernement canadien à l'intérieur et à l'extérieur du contexte des traités<sup>59</sup>.

## **PARTIE III : Autodétermination et autonomie gouvernementale**

### **LES RÉCITS DE L'AUTODÉTERMINATION**

Au cœur même de la question de l'autodétermination et de l'autonomie gouvernementale des Autochtones au Canada se trouve ce que Jason T. Madden, avocat métis et associé directeur chez Pape Salter Teillet L.L.P, a qualifié d'éléphant dans la pièce : la préexistence des sociétés, de la gouvernance et des lois autochtones dans les terres sur lesquelles la Couronne a affirmé sa souveraineté<sup>60</sup>. Cette réalité historique demeure un « éléphant dans la pièce », car la préexistence des lois et de la compétence des sociétés autochtones a été niée dans le droit canadien ou, lorsqu'elle a été reconnue, elle n'a pas reçu d'effet à la satisfaction de bon nombre de peuples autochtones. Comme l'ont expliqué en détail de nombreux intervenants, l'histoire de l'autodétermination et de la gouvernance des Autochtones depuis leur existence avant la revendication de la souveraineté de l'État canadien jusqu'à aujourd'hui est, pour reprendre les mots de Madden, une histoire d'endurance face à la dépossession, à l'effacement et au déni<sup>61</sup> des peuples autochtones et de leur compétence<sup>62</sup>. Dans l'après-midi de la première journée de la conférence, la professeure Val Napoleon, titulaire de la chaire de justice et de gouvernance autochtones de la Law Foundation à l'Université de Victoria, a saisi le cœur de la question de façon poignante en expliquant ceci : « une grande partie du droit autochtone a été piétinée, rendue invisible ou ignorée, mais il est toujours au cœur du Canada, et le travail consiste à le reconstruire »<sup>63</sup>.

Les discussions sur l'autodétermination des Autochtones ne se limitent pas aux politiques, aux mécanismes et aux structures juridiques qui donnent un effet positif à l'autonomie gouvernementale. La discussion comprend plutôt de concilier la tension entre un ensemble diversifié de peuples, d'histoires, de relations, d'ordres juridiques et de structures sociales prétendant maintenir leur droit à l'autodétermination contre un système de droit qui agit comme si ces peuples diversifiés avaient uniformément perdu et cédé ce droit et cette capacité en faveur d'un gouvernement colonial qui l'exerce en

---

<sup>59</sup> Christopher Curtis, « No running water, no electricity: Kicisakik struggles to be heard in this election » (16 septembre 2021), *Ricochet*, en ligne : [≤https://ricochet.media/en/3781/no-running-water-no-electricity-kicisakik-struggles-to-be-heard-in-this-election≥](https://ricochet.media/en/3781/no-running-water-no-electricity-kicisakik-struggles-to-be-heard-in-this-election).

<sup>60</sup> [Déclaration des Nations Unies](#), *supra*, note 12, préambule, para 6.

<sup>61</sup> CRPA, vol. 1, *supra*, note 23, vol. 1.

<sup>62</sup> *Renvoi relatif à la sécession*, *supra*, note 37, para 376.

<sup>63</sup> La professeure Napoleon a poursuivi en discutant du travail important du [programme JD/JID](#) (programme conjoint de *juris doctor* et de droit autochtone) à la faculté de droit de l'Université de Victoria.

leur nom<sup>64</sup>. Lors de la conférence, il a été clairement expliqué qu'il est nécessaire de discuter de l'autodétermination et de la gouvernance en se posant des questions sur la façon de concilier les récits sociaux, nationaux et historiques, les lois et les structures de gouvernance que ces récits dégèrent et les conséquences très réelles de ces structures sur la vie des peuples autochtones.

## **ANALYSES DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE**

Comme l'a expliqué Merle Alexander, directeur de Miller Titerle et membre et chef héréditaire de la Première Nation Kitasoo Xai'xais, divers peuples, collectivités et nations autochtones ont adopté différentes méthodes d'autonomie gouvernementale en réaction au droit canadien. C'est vrai même à l'intérieur d'une province, et c'est encore plus vrai partout au Canada. Pensez aux divers modèles par lesquels les peuples autochtones ont exercé une autonomie gouvernementale par rapport au Canada, soit les traités historiques, les traités modernes, les ententes d'autonomie gouvernementale, les ententes sur les revendications territoriales, les ententes de réconciliation, les lois relatives aux soins à l'enfance et à la famille en vertu de la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* ou en vertu des droits et des titres ancestraux, pour n'en nommer que quelques-uns<sup>65</sup>.

Bien que des instruments comme la *Loi sur les Indiens* visaient à traiter tous les peuples autochtones de la même façon, l'expérience du colonialisme diffère entre les Inuits, les Métis et les Premières Nations. Pour la dernière table ronde de la conférence, M<sup>e</sup> Denis-Boileau a décrit en détail les circonstances historiques et linguistiques uniques des peuples autochtones du Québec mentionnées dans le rapport Viens, ce qui est également détaillé dans le rapport supplémentaire de l'ENFFADA sur le Québec, qui compte lui-même de nombreuses communautés des Premières Nations et des Inuits.

Les idées d'autonomie gouvernementale autochtone ne sont ni monolithiques ni statiques. À leur tour, les visions de l'autonomie gouvernementale autochtone ne le sont pas non plus. M<sup>e</sup> Nadir André, membre de la Première Nation de Matimekush-Lac John et avocat au cabinet Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., a expliqué à l'auditoire, lors de la dernière journée de la conférence, que les nations sont composées de trois éléments, soit le peuple, le territoire et les gouvernements. La colonisation par des instruments comme la *Loi sur les Indiens* visait à réduire ces trois éléments. Un territoire est devenu une réserve, les gouvernements sont devenus des bandes indiennes et les

---

<sup>64</sup> CRPA, vol. 1, *supra*, note 23, vol. 1, p. 8.

<sup>65</sup> [\*Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis\*](#), art.18 [*Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles*].

peuples sont devenus des pupilles du gouvernement fédéral. C'est ainsi que le discours du gouvernement fédéral a été formulé dans la *Loi sur les Indiens*.

Selon de nombreux points de vue autochtones, la portée des lois autochtones est profondément incompatible avec la portée limitée de la gouvernance imposée aux peuples autochtones. M<sup>e</sup> André n'était pas le seul à souligner que les lois autochtones s'appliquent sur le territoire ancestral, sur ses eaux, ses animaux et ses ressources. Ces limites sont beaucoup plus vastes que celles qui sont actuellement reconnues. La portée de cette réalité a été saisie par la CRPA, qui a commencé son rapport en déclarant ceci :

Les revendications légitimes des peuples autochtones forcent le Canada à repenser sa notion de la justice et à garantir à tous ses citoyens un respect universel des droits de la personne. Les autochtones devraient participer de manière plus tangible aux institutions canadiennes tout en disposant de leurs propres institutions légitimes, ce qui les rendrait à la fois autonomes et solidaires. La Commission ne propose pas une politique multiculturelle, mais préconise plutôt une fédération multinationale équitable qui reconnaîtrait les premiers habitants de ce pays comme faisant partie intégrante de l'identité canadienne et du tissu politique canadien<sup>66</sup>.

Bien que les idées autochtones d'autonomie gouvernementale ne soient pas toutes représentées dans l'énoncé ci-dessus, l'accent mis sur la DNUDPA par la CVR ainsi que les efforts nombreux et répétés de divers peuples autochtones au Canada témoignent au moins de l'universalité de la volonté d'autodétermination dans l'esprit. Ainsi, nous pouvons discuter de l'autonomie gouvernementale dans le contexte des limites imposées à ses voies d'application dans l'ordre juridique canadien. De plus, ces voies se rapportent aux lois autochtones et à la capacité de légiférer en ce qui concerne les gouvernements, les terres et les peuples. Comme l'a dit clairement M<sup>e</sup> André, la discussion sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones doit porter sur des domaines de compétence qui étaient autrefois autochtones et qui ont été cédés aux pouvoirs fédéraux et provinciaux. Avec cette reconnaissance, nous pouvons préciser que l'autodétermination dans le contexte de la conférence faisait référence à : (1) une compétence et des pouvoirs décisionnels, (2) qui dépassent les limites territoriales et juridiques permises par l'État colonisateur en raison de sa déclaration de souveraineté, (3) qui donnent lieu à des lois fondées sur les ordres, les institutions, la culture et la tradition judiciaires particulières d'un peuple autochtone et (4) qui reposent sur le pouvoir qui est inhérent au groupe autochtone en question<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> [CRPA, vol. 1, supra, note 23](#), p. 15.

<sup>67</sup> Alan Hanna, « Spaces for Sharing: Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape », *UBC Law Review*, vol. 51, n° 1 (2018), p. 136.

## Partie IV : Droit autochtone

### QU'EST-CE QUE LE DROIT AUTOCHTONE?

Il est tout aussi complexe de définir ce qu'est le droit autochtone que de prescrire une définition du droit comme concept et phénomène social. C'est particulièrement vrai compte tenu de la pluralité des traditions juridiques autochtones au Canada. Cependant, nous pouvons énoncer les exemples fournis par les conférenciers de *ce qui est ou n'est pas* considéré comme des lois autochtones. En effet, la compréhension de ce qu'on *ne veut pas dire* lorsqu'on fait référence aux lois et aux ordres juridiques autochtones est d'une importance fondamentale pour un auditoire composé de juristes formés sur les expressions canadiennes du système de common law et de droit civil.

### Droit autochtone

Nous commençons par une délimitation établie par Alexander Merle et M<sup>e</sup> Nadir André lors des discussions d'organisation tenues avant la conférence sur ce qu'est le « droit autochtone ». Dans le cadre du système juridique canadien, le droit autochtone est une branche du droit établie par les assemblées législatives et les tribunaux canadiens qui se préoccupent de la relation entre les peuples autochtones et la Couronne<sup>68</sup>. Le droit autochtone a pour objet de définir la nature et la portée des droits autochtones, des titres ancestraux et des droits issus de traités en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de préciser l'obligation correspondante de la Couronne et de « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté »<sup>69</sup>. En termes simples, selon le professeur Tuma Young de l'ENFFADA, « la loi autochtone enseignée à l'école de droit est plutôt une loi canadienne appliquée aux Autochtones. Ce n'est pas une loi autochtone »<sup>70</sup>.

Le droit autochtone n'est pas un droit émanant des peuples autochtones. Le droit autochtone est plutôt une branche du droit canadien qui découle de l'interaction coloniale de la common law canadienne avec les peuples autochtones<sup>71</sup>. Bien que cela soit clair lorsqu'on examine des lois comme la *Loi sur les Indiens*, ce point peut l'être moins dans le cas de certains droits protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

---

<sup>68</sup> *R c Van der Peet*, 1996 CanLII 216 (CSC), [1996] 2 RCS 507, para 31 [*Van der Peet*].

<sup>69</sup> *Ibid.*, para 31.

<sup>70</sup> [Canada, Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Réclamer notre pouvoir et notre place : Le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, vol. 1a \(Canada 2019\), p. 144.](#)

<sup>71</sup> *Guerin c La Reine*, 1984 CanLII 25 (CSC), [1984] 2 RCS 335, p. 379 à 382 [*Guerin*]. *Van der Peet*, *supra*, note 68, para 31.

comme les droits et les titres ancestraux. En 1996, dans l'arrêt *R c Van Der Peet*, la Cour suprême a expliqué l'objet de l'article 35 :

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) -- c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions --, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens<sup>72</sup>.

La Cour met en lumière la source des droits ancestraux, la préexistence des Autochtones<sup>73</sup>, et plus particulièrement les pratiques, les traditions et les coutumes jugées essentielles à la société autochtone en question. Cependant, pour déterminer la portée adéquate d'un droit autochtone donné, par exemple le droit de chasser, de pêcher ou de piéger, le tribunal doit tenir compte du « point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause »<sup>74</sup>. De plus, ce point de vue doit être « exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada »<sup>75</sup>.

La même considération du « point de vue des Autochtones » s'applique aux titres ancestraux. De l'affirmation de la souveraineté du Canada en 1867 jusqu'à la décision *Calder et al. c Procureur général de la Colombie-Britannique* de 1973, et les décisions subséquentes établissant le cadre des droits et des titres ancestraux comme *Guerin c La Reine*, *R c Sparrow*, *Van der Peet* et *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, l'origine et la nature des droits et des titres ancestraux n'étaient pas claires<sup>76</sup>. La décision *Calder* a joué un rôle déterminant puisque six des sept juges ont convenu que le titre ancestral était un droit dérivé de l'occupation et de la possession historiques des terres par les peuples autochtones, et non pas seulement à la suite de la *Proclamation royale*, comme c'était le cas auparavant<sup>77</sup>. Abordant la nature du titre ancestral, le juge Dickson, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Guerin* de 1984, a décrit le titre ancestral

---

<sup>72</sup> *Van der Peet*, *supra*, note 68, para 44.

<sup>73</sup> *Van der Peet*, *supra*, note 68, para 31 et 49. *Guerin*, *supra*, note 71, p. 379 à 382.

<sup>74</sup> *R c Sparrow*, 1990 CanLII 104 (CSC), [1990] 1 RCS 1075, p. 1112 [*Sparrow*]. *Van der Peet*, *supra*, note 68, para 49.

<sup>75</sup> *Van der Peet*, *supra*, note 68, para 49.

<sup>76</sup> Patrick J. Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law*, 4<sup>e</sup> éd (Toronto : Irwin Law Inc., 2013), p. 475. *Calder c Procureur général de la Colombie-Britannique*, 1973 CanLII 4 (CSC), [1973] R.C.S. 313, p. 383 [*Calder*]. *Guerin*, *supra*, note 71. *Sparrow*, *supra*, note 74. *Van der Peet*, *supra*, note 68. *Delgamuukw*, *infra*, note 80.

<sup>77</sup> *Calder*, *supra*, note 76, p. 475. *Guerin*, *supra*, note 71, p. 377. *R c Van der Peet*, *supra*, note 68, para 107. *Infra*, note 80, p. 114. PROCLAMATION ROYALE?

comme « le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté »<sup>78</sup>.

Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême a statué ce qui suit au sujet du critère du titre ancestral en tant que manifestation ou « sous-catégorie »<sup>79</sup> des droits ancestraux :

[L]'origine du titre aborigène semble reposer tant sur la *common law* que sur le point de vue des autochtones à l'égard du territoire, point de vue qui tient compte notamment de leurs régimes juridiques. Il s'ensuit que ces deux éléments devraient être pris en compte dans la démonstration de l'occupation<sup>80</sup>.

La Cour a décrit le titre ancestral comme étant un « droit *sui generis* »<sup>81</sup>. Sa nature juridique en tant que droit prévu à l'article 35 ne peut s'expliquer *ni* par les concepts de *common law* relatifs aux biens immobiliers *ni* par les « règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones »<sup>82</sup>. Fait important, le titre ancestral et les droits ancestraux découlent de l'« occupation antérieure des terres » par les peuples autochtones, mais leur portée diffère. Le titre ancestral est un droit exclusif d'occupation et d'utilisation des terres assorti de deux restrictions : (1) les « terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres » et (2) ces terres ne peuvent être aliénées, mais seulement « cédées » à la Couronne<sup>83</sup>. On a laissé entendre que, contrairement aux droits autochtones qui sont établis au cas par cas<sup>84</sup>, le titre ancestral prévoit un droit générique qui est invariablement accordé aux demandeurs. Les droits ancestraux peuvent découler de l'occupation antérieure des terres. Cependant, ils découlent également de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctes des peuples autochtones sur ce territoire<sup>85</sup>. On peut donc trouver des droits ancestraux là où il n'y a pas de titre. Mais surtout, bien que les deux soient fondés sur l'occupation antérieure des terres par les Autochtones et comportent des analyses juridiques qui tiennent compte des « points de vue des Autochtones », ce ne sont pas des lois autochtones. Bien que les traditions et les sources juridiques autochtones puissent être consultées pour établir la portée et la nature d'un droit ancestral, l'exercice du droit est régi par la *common law* et lié au système juridique canadien.

---

<sup>78</sup> *Guerin, supra*, note 71, p. 383.

<sup>79</sup> *Van der Peet, supra*, note 68, para 74.

<sup>80</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, 1997 CanLII 302 (CSC), [1997] 3 RCS 1010 [*Delgamuukw*].

<sup>81</sup> *Ibid.*, para 112.

<sup>82</sup> *Ibid.*, para 112.

<sup>83</sup> *Renvoi, supra*, note 33, para 418. *Delgamuukw, supra*, note 81, para 125 à 132.

<sup>84</sup> *Van der Peet, supra*, note 68, para 69.

<sup>85</sup> *Delgamuukw, supra*, note 80, para 141. *Van der Peet, supra*, note 69, para 74.

La Cour suprême n'a pas indiqué si l'article 35 incluait un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, même s'il s'agissait d'une question d'actualité. La décision rendue récemment par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* conteste cette décision, comme il en est question ci-dessous<sup>86</sup>. Dans l'affaire *R c Pamajewon*, la Cour suprême traite l'analyse du droit à l'autodétermination au moyen du critère des droits ancestraux énoncé dans l'arrêt *Van der Peet*<sup>87</sup>. On a laissé entendre que si la Cour suprême réexamine l'autodétermination en tant que droit inhérent, l'approche pourrait être semblable à celle adoptée dans l'arrêt *Delgamuukw*, en tant que droit générique<sup>88</sup>. Il s'agit de l'approche adoptée par la Cour d'appel du Québec, qui est explorée ci-dessous.

De nombreux intervenants ont fait remarquer que l'élaboration et la définition de la portée des droits ancestraux soulèvent de nombreuses questions. Nous ne les aborderons pas toutes ici. Cependant, l'une des questions qui ont été constamment abordées à la conférence était la partie du critère des droits ancestraux qui exige que le droit soit fondé sur un « élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »<sup>89</sup>. Cet aspect du critère a été largement critiqué par les universitaires et les juristes autochtones, et même par la décision dissidente de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Van der Peet*<sup>90</sup>. Le critère exclut arbitrairement la continuité et l'importance des pratiques et des traditions autochtones tout au long du contact avec les puissances coloniales jusqu'à ce jour. De plus, il est difficile de prouver la continuité d'une pratique « qui existait avant le contact » pour assurer sa survie face aux lois et aux politiques hostiles d'aujourd'hui et à leurs droits juridiques préexistants<sup>91</sup>.

## Lois autochtones

Contrairement au « droit autochtone », les lois autochtones désignent les lois d'un peuple autochtone qui sont adoptées au moyen de ses propres systèmes et processus juridiques<sup>92</sup>. De nombreux conférenciers ont expliqué à la conférence que les « lois autochtones » renvoient aux droits et aux obligations établis par les ordres juridiques, les

---

<sup>86</sup> *Delgamuukw*, *supra*, note 78, para 503. *Renvoi*, *supra*, note 33, para 429.

<sup>87</sup> *R c Pamajewon*, 1996 CanLII 161 (CSC), [1996] 2 RCS 821, para 24.

<sup>88</sup> *Renvoi*, *supra*, note 33, para 429-422.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para 46.

<sup>90</sup> *Van der Peet*, *supra*, note 68, para 165 à 167.

<sup>91</sup> *Ibid.*, para 89.

<sup>92</sup> John Borrows, « Indigenous Legal Traditions in Canada », (2005) *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 19, n° 167, p. 205 [Borrows, « Traditions »].

processus décisionnels et les pouvoirs juridictionnels des Autochtones. Les lois autochtones ont une incidence sur la gestion des terres et des eaux autochtones, les conflits avec un système juridique, ainsi que les conflits avec d'autres systèmes juridiques, qu'il s'agisse de systèmes autochtones ou non. Pour reprendre les termes de M<sup>e</sup> André, ce sont des lois qui régissent le peuple, le gouvernement et les terres d'une nation.

Bien que les lois des nombreux peuples autochtones du Canada puissent différer, les conférenciers à la conférence ont répété que l'importance de l'existence, de la préservation et de la continuité de ces lois était une force unificatrice. Le message presque unanime était que les lois autochtones sont indispensables aux cultures, aux identités, aux langues, aux institutions et aux relations autochtones<sup>93</sup>. Le professeur John Borrows, qui n'était pas présent à la conférence, a expliqué l'une des fonctions des lois des Premières Nations, des Inuits et des Métis au Canada dans son document sur les traditions juridiques autochtones au Canada. Il a écrit ceci :

La culture autochtone est préservée et s'adapte grâce à la tradition juridique.  
L'identité autochtone est développée et transmise grâce aux lois autochtones.  
Les langues autochtones incarnent les approches juridiques autochtones dans leur structure et leur organisation.  
Les institutions autochtones sont régies par les coutumes et les lois autochtones.  
Les relations des peuples autochtones avec les terres et les ressources découlent de leurs traditions juridiques<sup>94</sup>. (Traduction libre)

Bien que cette liste n'explique pas le contenu substantiel d'une loi autochtone donnée, elle explique l'importance du droit autochtone pour les communautés autochtones. Borrows indique clairement que les lois et les ordres juridiques autochtones sont nécessaires à l'autonomie gouvernementale<sup>95</sup>, et le même message a été livré dans presque toutes les tables rondes de la conférence. Cette compréhension du rôle des lois autochtones est clairement partagée dans les recommandations susmentionnées de la CVR et de la CRPA, que nous examinons plus à fond.

En ce qui concerne *en quoi* consiste le droit autochtone, la professeure Val Napoleon a expliqué ce qui suit à la conférence :

Le droit, c'est beaucoup de choses; ça comprend la philosophie, les cérémonies, les règles, l'examen du passé... Le droit peut être compris comme une conversation intergénérationnelle, mais ce n'est pas *seulement* l'une de ces choses; c'est l'amalgame

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 206

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 205.

de toutes ces choses. Le travail ardu du droit doit se faire dans le cadre des relations humaines collectives. (Traduction libre)

Elle a souligné qu'il y a de nombreuses questions au sujet des lois autochtones qui n'ont pas encore de réponses, comme la façon dont le droit autochtone fonctionne dans le cadre des processus décisionnels existants, la façon dont il fonctionnera dans le cadre de la DNUDPA et de la DRIPA, et la façon dont il continuera de se développer.

Pour répondre à ces questions, la professeure Napoleon a suggéré une approche qui ne se limite pas à décrire les lois autochtones, mais qui consiste à en prendre connaissance, à les comprendre et à les développer, ce qui exige de la précision, de l'inclusivité et de la nuance. Au moment d'examiner une loi et des ordres juridiques autochtones, la professeure Napoleon a demandé à l'auditoire d'examiner attentivement les institutions et les processus qui structurent les relations humaines collectives dans lesquelles le droit fonctionne. Cela signifie qu'il faut se poser les questions suivantes : 1) quel est l'ordre juridique auquel appartient une loi donnée ou dans quelle collectivité la loi fonctionne-t-elle; 2) comment cet ordre comprend-il la question juridique à l'étude; 3) qui sont les autorités et les décideurs dans ce système; 4) à l'aide de quels mécanismes et institutions fonctionnent-ils; et 5) quels sont les processus qui rendent une décision judiciaire légitime?

De plus, quel est l'éventail des solutions juridiques, des recours et des sanctions, et comment ce système tient-il compte, ou non, du passé pour appliquer ses règles aux problèmes actuels? La professeure Napoleon a demandé à l'auditoire de partir d'un cadre d'enquête plutôt que d'une hypothèse, et de ne pas présumer de comprendre le genre de relations qui existent avec la terre, la parenté ou les ressources. L'adoption de ce qui peut être considéré comme une approche positiviste sur le plan juridique aide à analyser un système qui, autrement, pourrait poser des difficultés à une personne qui ne connaît pas bien ce système, qu'il fonctionne oralement ou en se fondant sur des histoires et des récits<sup>96</sup>. En effet, des approches prudentes et rigoureuses peuvent lutter contre les stéréotypes nuisibles au sujet des lois autochtones qui masquent leur similitude et leur fonction dans les traditions de droit civil et de common law au sein du Canada<sup>97</sup>.

Nous pouvons maintenant passer aux questions de l'autonomie gouvernementale des Autochtones au Canada et examiner comment les lois, les droits et les ordres autochtones s'expriment dans le paysage juridique canadien et entre les deux.

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 183.

## LA SIGNIFICATION DES LOIS AUTOCHTONES AU CANADA

### Droit à l'identité et à l'autodétermination

Un important point de discussion à la conférence était l'interaction et la relation entre le passé et le présent. Au début de la conférence, l'honorable Murray Sinclair a attiré l'attention de l'auditoire sur le travail de la CEAJA. Il a souligné que, bien que d'autres rapports aient peut-être éclipsé la CEAJA, la CRPA, la CVR et l'ENFFADA ont examiné bon nombre des problèmes auxquels la CEAJA a été confrontée.

L'une des questions abordées par la CEAJA était celle de l'autodétermination des Autochtones et de son lien avec l'identité autochtone et la relation avec la terre. Au début de son analyse des droits ancestraux, des relations avec la Couronne, des droits issus de traités et du droit international, la CEAJA a souligné que, pour les peuples autochtones, la terre faisait partie de leur identité en tant que peuple. Le rapport explique en outre comment la culture autochtone est ancrée dans les terres et les eaux autochtones, ce qui mène à des philosophies qui conceptualisent en termes « holistiques » par opposition à des dichotomies et à une catégorisation strictes. La CEAJA explique que cette tradition épistémologique de la pensée autochtone encadre les droits en termes généraux et conceptuels<sup>98</sup>. Le plus fondamental de ces droits est le « droit à une identité » en tant que « peuple autochtone ».

La CEAJA précise que le droit à l'identité découle en grande partie des terres utilisées et occupées par les peuples autochtones. L'identité est liée aux terres, car à l'intérieur de celles-ci, diverses activités étaient et sont encore pratiquées, comme la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette de nourriture et de remèdes ou toute autre activité traditionnelle. C'est de ce droit fondamental à l'identité que découle l'autodétermination. La CEAJA explique ceci :

Ce droit à l'identité implique également le droit supplémentaire à l'autodétermination, car c'est par l'autodétermination qu'un peuple préserve son identité collective. Le droit à l'autodétermination peut prendre plusieurs formes. Il comprend, entre autres, le pouvoir de conserver sa culture face à la menace d'assimilation, le droit d'un enfant d'être élevé dans sa langue et sa culture, et le droit de choisir entre un mode de vie autochtone et non autochtone. Ce droit est violé si l'économie traditionnelle d'un groupe autochtone est gravement perturbée ou endommagée par les empiètements d'une civilisation qui exploite des ressources naturelles à grande échelle, comme un projet hydroélectrique, un pipeline ou une mine à ciel ouvert. De plus, le droit à l'autodétermination implique le droit de prendre en main ses propres affaires de manière à assurer efficacement le respect de

---

<sup>98</sup> CEAJA, *supra*, note 1.

l'identité et de la culture autochtones dans la sphère politique. Il s'agit de droits dont jouissent les peuples autochtones du Canada<sup>99</sup>. (Traduction libre)

Dans son analyse des liens entre l'identité et l'autodétermination, la CEAJA présente une vision du pouvoir législatif autochtone qui remet en question la carte actuelle des compétences du Canada. George Erasmus a expliqué cette vision et cet objectif lors de la conférence, en déclarant que ce qu'il faut, c'est une répartition équitable des terres permettant aux peuples autochtones d'être autonomes et d'exercer des activités et des modes de vie traditionnels et contemporains.

Le droit à l'« autodétermination » envisagé par la CEAJA suppose une vaste conversation dans laquelle le « droit à l'autodétermination » englobe beaucoup plus que ce qui est prévu dans le droit canadien. Pour rendre justice aux peuples autochtones, il faut réévaluer le statu quo juridique et même constitutionnel. Bien que la précision des recommandations de la CRPA dépasse la portée du présent rapport, M. Erasmus fait remarquer que la CRPA a parlé de structures qui permettraient aux lois autochtones d'être intégrées au tissu juridique pluraliste du Canada. Il a fait remarquer que les décisions ne feraient pas toutes l'objet d'un appel final devant les tribunaux canadiens, comme la Cour suprême du Canada, mais qu'elles demeureraient dans les systèmes autochtones.

De tels travaux entraîneraient un changement radical de l'ordre constitutionnel canadien actuel. Cependant, de nombreux participants à la conférence ont souligné que le changement de compétence ne fait que poursuivre le travail constitutionnel fondamental du fédéralisme canadien. Dans la première partie de son ouvrage volumineux, la CRPA a présenté cette vision de la façon suivante :

Les peuples autochtones désirent ardemment que se poursuive l'œuvre historique de la Confédération. Leur objectif n'est pas de briser la fédération canadienne, mais plutôt de la parachever. Chacun sait que les peuples autochtones dont les territoires ancestraux sont devenus le Canada, n'ont pas eu la possibilité de participer à la création de l'union fédérale canadienne; ils cherchent actuellement à y trouver la place qui leur revient. Le but est d'en arriver, pour tous les habitants du Canada, à une concrétisation des principes sur lesquels reposent la Constitution et les traités, c'est-à-dire à une société véritablement démocratique composée de peuples ayant librement choisi de se confédérer<sup>100</sup>.

Dans sa 45<sup>e</sup> recommandation, la CVR reprend la vision du retour au passé pour poursuivre le travail constitutionnel canadien, faisant écho à la CRPA en demandant une proclamation royale et un pacte de réconciliation :

---

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> CRPA, vol. 1, *supra*, note 23, p. 6.

45. Nous demandons au gouvernement du Canada d'élaborer, en son nom et au nom de tous les Canadiens, et de concert avec les peuples autochtones, une proclamation royale de réconciliation qui sera publiée par l'État. La proclamation s'appuierait sur la Proclamation royale de 1763 et le Traité du Niagara de 1764, et réaffirmerait la relation de nation à nation entre les peuples autochtones et l'État. La proclamation comprendrait, mais sans s'y limiter, les engagements suivants :

1. répudier les concepts utilisés pour justifier la souveraineté des peuples européens sur les territoires et les peuples autochtones, notamment la doctrine de la découverte et le principe de *terra nullius* (territoire n'appartenant à personne);
2. adopter et mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation;
3. établir des relations qui se rattachent aux traités et qui sont fondées sur les principes de la reconnaissance mutuelle, du respect mutuel et de la responsabilité partagée, et ce, de manière à ce qu'elles soient durables, ou renouveler les relations de ce type déjà nouées;
4. concilier les affaires constitutionnelles et juridiques des peuples autochtones et de l'État pour s'assurer que les peuples autochtones sont des partenaires à part entière au sein de la Confédération, ce qui englobe la reconnaissance des lois et des traditions juridiques autochtones et leur intégration dans la négociation et la mise en œuvre des traités, des revendications territoriales et de toute autre entente constructive.

La professeure Craft a expliqué que le respect des traités, qui proviennent des terres et des territoires autochtones, est le fondement sur lequel doivent reposer de nouvelles relations. Parce qu'ils étaient les pivots autour desquels ont commencé les longues relations entre les peuples autochtones et la Couronne, ils doivent être retournés et utilisés comme fondements pour aller de l'avant. L'appel à l'action n° 45 établit la *Proclamation royale* de 1763 comme modèle de la façon de continuer à développer le constitutionnalisme canadien tout en reconnaissant l'autonomie gouvernementale des Autochtones, conjointement avec les articles 43 et 44 qui, comme il a été mentionné, positionnent la DNUDPA en tant que cadre s'appliquant à ce processus de réconciliation. L'appel à l'action s'inspire de l'analyse que la CRPA a faite de la *Proclamation royale* de 1763 dans le volume 1 de son rapport final et des modifications constitutionnelles qu'elle propose dans le volume 5, dans lesquelles elle demande une relation nouvelle ou *renouvelée*<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 105 et vol. 5.

## La Proclamation royale

La CVR a expliqué que la *Proclamation royale* de 1763<sup>102</sup> et sa ratification subséquente dans le Traité de Niagara<sup>103</sup> constituent le fondement de la reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale<sup>104</sup>. Les piliers factuels et historiques de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones par l'État canadien sont donc de deux ordres<sup>105</sup> : 1) l'existence des peuples autochtones en tant que nations souveraines avant l'accession à la souveraineté de la Couronne<sup>106</sup> et 2) la reconnaissance par la Couronne de la préexistence des peuples autochtones souverains dans la *Proclamation royale*. Comme il a été mentionné ci-dessus au sujet de l'affaire *Calder*, le rôle de la *Proclamation royale* a fait l'objet de longs débats et entre en jeu dans les discussions sur les compétences autochtones. La *Proclamation royale* a influencé la trilogie historique des causes dans lesquelles la Cour suprême des États-Unis a reconnu le droit des peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes selon les doctrines des « nations internes dépendantes » et de la « souveraineté autochtone résiduelle », des causes qui, à leur tour, ont influencé la jurisprudence des droits autochtones au Canada<sup>107</sup>. Plus récemment, la Cour d'appel du Québec a expliqué, en citant la CRV, que l'autonomie des peuples autochtones était un fait implicite qui a constitué le fondement même de la *Proclamation royale*<sup>108</sup>, se joignant à une longue série d'affaires judiciaires et de commentaires sur la question<sup>109</sup>.

Même si la Couronne n'a pas respecté par la suite la relation établie dans la *Proclamation royale*<sup>110</sup>, dont l'histoire est documentée par la CVR et la CRPA, la Proclamation demeure le fondement de la reconnaissance de la souveraineté autochtone par la Couronne<sup>111</sup>. La *Proclamation royale* a statué que toute aliénation ou tout transfert de « terres indiennes » se ferait par traité entre la Couronne britannique et la nation autochtone appropriée et que toutes les terres à l'ouest des colonies établies appartenaient aux peuples autochtones<sup>112</sup>. À ce titre, la CVR comprend que la *Proclamation royale* et le Traité de Niagara de 1764 ont établi « les assises juridiques et politiques du Canada et les principes de la conclusion du Traité qui étaient fondés sur la reconnaissance et le respect

---

<sup>102</sup> CVR, « Sommaire », *supra*, note 2, p. 53. Roi George, *Proclamation royale*, 7 octobre 1763, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 1.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>105</sup> *Renvoi*, *supra*, note 33, para 366 et 367.

<sup>106</sup> *Ibid.*, para 402. *Van Der Peet*, *supra*, note 68, para 29.

<sup>107</sup> *Renvoi*, *supra*, note 33, para 368.

<sup>108</sup> *Ibid.*, para 367 et 368.

<sup>109</sup> *St. Catharine's Milling and Lumber Co. c R.* (1887), 1887 CanLII 3 (CSC), 13 R.C.S. 577.

<sup>110</sup> CRPA, vol. 1, *supra*, note 23, p. 196.

<sup>111</sup> CVR, « Sommaire », *supra*, note 2, p. 196.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 196.

mutuels »<sup>113</sup>, les considérant comme le fondement du fédéralisme canadien. La Cour d'appel du Québec a récemment affirmé que la reconnaissance de la souveraineté est démontrée par les nombreux traités que la Couronne a conclus avec les peuples autochtones avant et après la signature de la Proclamation, car un traité présuppose que le peuple souverain a la capacité de conclure une entente exécutoire<sup>114</sup>.

La professeure Craft a souligné que les traités constituent le seul fondement légitime de la compétence des gouvernements colonisateurs. Les traités marquent la relation entre les entités souveraines et agissent comme des exemples de reconnaissance juridique par les peuples autochtones de la présence des colons. Par conséquent, la question qui accompagne la *Proclamation royale* est celle des traités historiques ou des « traités numérotés ». Après la Confédération, 11 de ces traités ont été conclus entre 1871 et 1921, portant sur des terres du nord de l'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de certaines parties du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et de la Colombie-Britannique. Ces traités demeurent fondamentaux dans la discussion sur la compétence autochtone, particulièrement en tant qu'expression de l'autonomie gouvernementale :

Alors que les droits ancestraux découlent de l'utilisation et de l'occupation historiques des terres par les peuples autochtones, les droits issus de traités trouvent leur source dans les ententes officielles entre la Couronne et les peuples autochtones. Les traités créent ainsi des obligations exécutoires fondées principalement sur le consentement mutuel des parties<sup>115</sup>. (Traduction libre)

De nombreux conférenciers à la conférence ont souligné l'importance historique et actuelle des traités comme fondement du consentement entre les peuples autochtones et la Couronne. La CVR a souligné ceci :

L'histoire des traités et leur pertinence demeurent bien présentes dans l'histoire orale et les traditions juridiques des peuples autochtones. [...] Raconter l'histoire en présentant seulement la façon dont les représentants officiels de la Couronne ont imposé unilatéralement les traités aux Autochtones est inapproprié puisque ces derniers ont participé activement aux négociations entourant les traités<sup>116</sup>.

Bien que le temps n'ait pas permis d'examiner en profondeur la vaste portée de l'histoire des traités, de la négociation et des litiges, de nombreux conférenciers ont souligné leur

---

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>114</sup> *Renvoi, supra*, note 33, para 375. John Borrows, « Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right » (2005), *UBC Law Review*, vol. 38, n° 2, p. 296 à 298; Brian Slattery, « Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims », (1991) *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 29, n° 4, p. 684 et 690-691.

<sup>115</sup> Monahan et Shaw, *supra*, note 76, p. 482.

<sup>116</sup> CVR, « Sommaire », *supra*, note 2, p. 53 et 196.

importance comme documents de reconnaissance et de légitimité. Fait essentiel, les traités demeurent essentiels aux revendications autochtones d'autonomie gouvernementale et constituent une source de droits autochtones et d'obligations gouvernementales corrélatives au nom de la Couronne.

## Traités modernes et autonomie gouvernementale

Les relations scellées par traité persistent encore aujourd'hui, non seulement en vertu des traités historiques et numérotés, mais aussi en vertu des « traités modernes ». La *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale* de 1995<sup>117</sup> du gouvernement fédéral sert de médiateur dans l'exercice de l'autonomie gouvernementale des Autochtones au moyen de « traités modernes » et d'ententes d'autonomie gouvernementale. On peut lire ce qui suit dans le site Web du gouvernement fédéral :

Le gouvernement du Canada reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de *la Loi constitutionnelle de 1982*. De même, il reconnaît que ce droit inhérent peut découler de traités ainsi que des rapports qu'entretient la Couronne avec les Premières nations visées par un traité. La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources.

À première vue, on pourrait remettre en question l'affirmation selon laquelle les tribunaux n'ont pas encore tranché la question de l'autonomie gouvernementale des Autochtones. En fait, la brève description de la portée de l'autodétermination semble être cohérente avec la DNUDPA, car elle met l'accent sur la nature inhérente du droit.

Le problème avec la *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*, c'est que l'autodétermination demeure entre les mains du gouvernement fédéral avec qui il faut négocier pour que les pouvoirs soient remis entre les mains des peuples autochtones. À l'heure actuelle, il existe un certain nombre d'ententes sur les

---

<sup>117</sup> Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, « L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie » (15 septembre 2010), *Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada – Traités, ententes et négociations, Autonomie gouvernementale*, en ligne : [≤https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136>](https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136).

revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale au Canada<sup>118</sup> en vertu desquelles des peuples autochtones ont acquis divers degrés de pouvoir décisionnel<sup>119</sup>. Celles-ci comprennent des ententes visant des régions géographiques plus modestes comme celles de la Colombie-Britannique et de l'Ontario jusqu'à de vastes étendues de terre au Québec, ainsi que de nombreux traités au Yukon, ou des ententes prévoyant une forme d'autonomie gouvernementale dans la création du territoire du Nunavut<sup>120</sup>. Cependant, les politiques sur les revendications territoriales ont tendance à être rédigées en termes contractuels stricts, et l'autonomie gouvernementale exige encore des négociations coûteuses entre la Couronne et les groupes autochtones. Bref, en vertu de cet instrument de politique, l'autonomie gouvernementale demeure entre les mains du gouvernement fédéral, qui la délègue aux peuples autochtones malgré la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale<sup>121</sup>.

Les traités modernes définissent les droits ancestraux d'une nation autochtone dans une entente conclue entre la nation et les ordres de gouvernement concernés. Les traités modernes, qui sont mieux décrits comme des ententes sur les revendications territoriales globales, sont rédigés en termes stricts de manière à établir de façon exhaustive la portée et les limites des droits juridiques, des pouvoirs et des terres d'une Première Nation<sup>122</sup>. Dans le cadre d'un accord sur les revendications territoriales, les peuples autochtones se font « déléguer » la gouvernance et l'exercice d'une compétence éclairée par les lois autochtones sur les terres, la gestion des terres et les pratiques convenues. Les ententes établissent dans quelles situations les lois autochtones l'emportent sur les lois fédérales et provinciales.

Les ententes d'autonomie gouvernementale diffèrent des revendications territoriales globales en ce qui concerne leur relation avec les terres. Les ententes d'autonomie gouvernementale sont :

[...] appliquées aux terres de réserve existantes de la Première Nation, bien qu'elle ait le pouvoir d'échanger des terres ou de présenter une demande d'ajout aux réserves dans le cadre du processus fédéral. En comparaison, ces ententes délèguent également une compétence législative raisonnablement vaste sur des questions comme les terres, les

---

<sup>118</sup> Gouvernement du Canada, « Faire progresser l'autonomie gouvernementale des Autochtones » (25 août 2020), *Autonomie gouvernementale*, en ligne : <<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100032275/1529354547314#chp4>>, section « Ententes sur l'autonomie gouvernementale ».

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Murphy, *supra*, note 48, p. 84.

<sup>121</sup> Van der Peet, *supra*, note 68, para 144.

<sup>122</sup> Alan Hanna, « Spaces for Sharing: Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape » (2018), *UBC Law Review*, vol. 51, p. 105 (HeinOnline), à la p. 142.

pratiques culturelles, le gouvernement et la fiscalité, sans limiter ni modifier les droits ou les titres ancestraux de la Nation<sup>123</sup>. (Traduction libre)

Les ententes d'autonomie gouvernementale, de même que les revendications territoriales globales, peuvent être très différentes dans leur application aux diverses parties qui les ont négociées. Cependant, les premières ne s'appliquent pas à la renégociation du titre de propriété des terres comme le font les revendications territoriales globales, mais plutôt aux structures de gouvernance et aux services applicables aux Premières Nations<sup>124</sup>.

M<sup>e</sup> André a souligné le cadre novateur et collaboratif de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (CBJNQ) et ses modifications successives<sup>125</sup>, comme l'inclusion des Naskapis en 1978<sup>126</sup>, à titre d'exemple de la façon dont les futures ententes et la gestion des terres et de l'autonomie gouvernementale peuvent fonctionner. La CBJNQ a été la première entente sur une revendication territoriale globale au Canada qui a été signée en 1975 entre les représentants cris et inuits et ceux du gouvernement fédéral et de la province de Québec. Les modalités de la convention ont « échangé » les droits et les intérêts territoriaux contre « d'autres droits et avantages » énoncés dans la convention permettant aux parties autochtones d'inclure des droits en matière de gestion des ressources, de développement économique, de services de police, d'administration de la justice, de santé et de services sociaux et de protection de l'environnement. Le traité établit des catégories de terres régies par la revendication territoriale, et détermine les lois applicables, les compétences et le processus de règlement des différends. M<sup>e</sup> André l'a présenté comme un exemple de la façon dont les terres peuvent être redistribuées aux peuples autochtones, dans un cadre où les lois autochtones régissent les terres et fonctionnent également de pair avec les lois et les processus provinciaux et fédéraux dans les circonstances applicables.

À la conférence, les points de discussion sont demeurés axés sur le fait que, bien que les traités modernes soient des voies d'autodétermination, ils impliquent des processus longs, coûteux et incertains. Les Autochtones qui travaillent avec ces mécanismes doivent quand même s'adresser aux gouvernements fédéral et provinciaux et négocier leur compétence.

---

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 143 et 144.

<sup>125</sup> *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, 11 novembre 1975, <<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1407867973532/1542984538197>> [CBJNQ]. Voir aussi : *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, RLRQ, ch. C-67.

<sup>126</sup> Gouvernement du Canada, *La Convention de la Baie James et du Nord québécois et la Convention du Nord-Est québécois – Rapports annuels 2008-2009 / 2009-2010* (2014), Québec : Ententes définitives et questions liées à la mise en œuvre, en ligne : <<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1407867973532/1542984538197>>.

## **L'incidence de la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale**

La *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* est la première loi<sup>127</sup> à reconnaître le « droit à l'autodétermination des peuples autochtones, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale lequel comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille »<sup>128</sup>. La professeure Sarah Morales, professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Victoria, a expliqué que le droit permet à « un groupe, une collectivité ou un peuple » autochtone d'exercer un pouvoir législatif relativement aux services à l'enfance et à la famille. Le paragraphe 18(1) de la Loi inclut l'autodétermination et le droit à l'autonomie gouvernementale prévu à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en énonçant ce qui suit :

18 (1) Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière de tels services et l'exécution et le contrôle d'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative<sup>129</sup>.

La loi reconnaît la capacité « d'un groupe, d'une collectivité ou d'un peuple autochtones » de rédiger et d'appliquer ses propres lois sur les services à l'enfance et à la famille au paragraphe 18(1), ainsi que les mécanismes de règlement des différends au paragraphe 18(2). Cela se fait au moyen d'un accord de coordination conclu avec le ministre compétent et le gouvernement de la province où se trouve le groupe autochtone.

Dans sa récente décision sur un renvoi<sup>130</sup> dans lequel le ministre de la Justice du Québec a contesté la constitutionnalité de la Loi, la Cour d'appel du Québec a affirmé que l'article 35 prévoit un droit générique des peuples autochtones à l'autodétermination en matière de services à l'enfance et à la famille<sup>131</sup>. Contrairement au droit ancestral de chasser, le droit à l'autodétermination en matière de services à l'enfance et à la famille s'applique uniformément comme droit générique. Cela signifie que chaque « groupe, collectivité ou peuple » autochtone a le même droit, dont l'existence n'a pas besoin d'être négociée, même s'il peut être nécessaire de négocier l'exercice de ce droit. La Cour

---

<sup>127</sup> Jewell et Mosby, *supra*, note 16, p. 16.

<sup>128</sup> *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, *supra*, note 68, préambule, alinéa 7.

<sup>129</sup> *Ibid.*, paragraphes 18(1) et 8(1).

<sup>130</sup> *Renvoi*, *supra*, note 33, para 185.

<sup>131</sup> *Ibid.*, para 494, et analyse aux pages 486 à 494.

s'appuie sur de nombreuses formes de preuve, en particulier la jurisprudence des affaires *Calder*, *Sparrow*, *Van Der Peet* et *Delgamuukw*, en fondant son raisonnement sur le fait que les peuples autochtones ont, avant l'affirmation de la souveraineté canadienne et tout au long de celle-ci, maintenu une forme d'autonomie gouvernementale fondée sur la souveraineté autochtone originale sur « le territoire » et que ce principe est enchâssé dans l'article 35<sup>132</sup>.

Dans sa décision, la Cour d'appel du Québec reconnaît que les peuples autochtones détiennent depuis longtemps la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille. La Cour d'appel du Québec expose un raisonnement semblable, en expliquant ce qui suit :

[484] [...] [L]e droit coutumier autochtone est reconnu par les tribunaux canadiens dans les domaines touchant la conjugalité, la famille et les enfants autochtones, notamment dans l'affaire *Connolly v. Woolrich* [502], confirmée par cette Cour dans *Johnstone c. Connolly* [503], et dans l'arrêt *Casimel* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique [504]. Ce droit coutumier est aussi reconnu dans la législation [505], notamment dans le *Code civil du Québec* en matière d'adoption [506] et dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* [507]. On ne peut donc nier l'existence de ces systèmes normatifs. Le fait qu'ils aient été reconnus par les tribunaux et le législateur montre qu'ils n'ont pas été éteints et sont toujours vigoureux<sup>133</sup>.

La décision est fondée non seulement sur la jurisprudence canadienne, mais aussi sur les pratiques maintenues par les peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille. Ce cadre présente une compréhension très différente de l'autodétermination que celle qui est à l'œuvre relativement aux traités modernes, car il maintient que cette compétence a toujours été du ressort de la nation. Il ne s'agit pas d'une concession de l'État.

Dans leur analyse de la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, la professeure Morales et Haley Bruce, avocate chez Cedar & Sage Law, ont attiré l'attention du public sur le document intitulé « Wrapping Our Ways Around Them: Indigenous Communities and Child Welfare Guidebook » (WOW)<sup>134</sup>. Le document est une ressource visant à habiliter les nations et les communautés autochtones à rédiger et à mettre en œuvre leurs propres lois reconnues au titre de la Loi. Il sert également de ressource aux avocats et aux juges pour comprendre les processus établis par la loi. Le document est unique, puisqu'il fournit à la

---

<sup>132</sup> *Ibid.*, para 484.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Ardith Walkem, *Wrapping Our Ways Around Them: Indigenous Communities and Child Welfare Guidebook*, 2<sup>e</sup> édition, (ScheEma-mee.tky Project, 2020).

fois des conseils aux nations autochtones sur la façon d'articuler leurs lois relatives aux services à l'enfance et à la famille, ainsi que des conseils destinés à la communauté juridique non autochtone.

Comme il en a été question à la conférence, la longévité des lois autochtones passe par le travail interne effectué au sein des collectivités pour les articuler, les expliquer, les adapter ou les peaufiner. Ainsi, dans le document WOW, on peut trouver des discussions sur les lois autochtones et, de plus, les sources dont peut s'inspirer une communauté autochtone pour formuler ses lois<sup>135</sup>. Il vaut la peine de reprendre cette discussion ici, car nous pouvons voir comment le document WOW aborde le droit selon une méthode rigoureuse semblable à celle dont a parlé la professeure Napoleon. Le droit s'appuie sur cinq sources de lois autochtones, comme l'a expliqué John Borrows, qui sont sacrées, naturelles, délibératives, positivistes et coutumières, à savoir<sup>136</sup> :

1. Le droit sacré est celui qui émane du Créateur, y compris les histoires de création ou les enseignements anciens vénérés qui ont résisté à l'épreuve du temps.
2. Le droit naturel est fondé sur l'observation du monde physique et vise à élaborer des règles pour la gestion et la résolution des conflits en étudiant le comportement du monde.
3. Le droit délibératif est une vaste source qui est formée par des processus de persuasion, de délibération, de conseil et de discussion.
4. Le droit positiviste est décrit comme étant composé des proclamations, des règlements, des règles, des codes, des enseignements et des axiomes qui envisagent de lier le comportement.
5. Le droit coutumier peut être défini comme des pratiques développées en fonction des schémas répétitifs d'interaction sociale qui sont également acceptées comme contraignantes. (Traduction libre)

Le document WOW présente une approche ancrée, explorative et axée sur l'action pour apprendre comment interagir avec les lois autochtones. Nous pouvons considérer le document WOW comme un document qui élabore un examen *intraculturel* des lois propres à une communauté, ainsi qu'un document qui appuie l'interprétation interculturelle de ces lois. Il fait le lien entre les ordres juridiques autochtones affirmant leur compétence et l'ordre juridique canadien qui, jusqu'à présent, hésitait à reconnaître cette compétence.

D'autres expressions de ce genre au sujet des lois autochtones ont été soulevées à la conférence. Il s'agit notamment de la référence déjà mentionnée au CPLCC, et nous y revenons brièvement pour montrer comment il se fonde sur le droit autochtone. Comme

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 48. Borrows, « Traditions », *supra*, note 93, p. 33 et 66.

Merle Alexander l'a expliqué, les processus de CPLCC fonctionnent comme une compétence spécialisée lorsque le groupe autochtone et le promoteur du projet s'entendent sur les domaines qui déclenchent le mécanisme de consentement. Par conséquent, ce ne sont pas toutes les questions qui renvoient à l'obligation de consulter et ce ne sont pas toutes les questions qui exigent un consentement. Merle a donné un exemple des domaines nécessitant un consentement :

- (1) Gestion de l'eau et projet d'aqueduc
- (2) Gestion d'une installation de stockage des résidus miniers
- (3) Préservation et restauration d'un patrimoine culturel
- (4) Protection et restauration du poisson et de son habitat
- (5) Exigences relatives à la fermeture, à la remise en état et à l'utilisation finale des terres

Les critères pour ces domaines seraient réévalués tout au long du processus et, comme il a été mentionné, il y aurait des processus de règlement des différends prédéterminés. Cependant, ces critères ainsi que les processus de règlement des différends sont, dans cet exemple, fondés sur les lois, les ordres juridiques et les sources d'interprétation normative des Premières Nations. Les cinq sources de droit autochtone de Borrows présentées dans le document WOW donnent un aperçu de la façon dont ce processus peut être mené.

## **PARTIE V : Conclusion**

### **Un mot de remerciement**

L'ICAJ n'est pas une organisation autochtone, bien qu'elle soit conseillée par des experts autochtones dans ses activités ainsi que par le Cercle des peuples autochtones de l'ICAJ. De plus, durant l'organisation de la conférence, l'ICAJ a bénéficié de la sagesse d'aînés comme Kathy Louis, OBC, et d'experts comme l'honorable Murray Sinclair, Scott Robertson, le chef Clifford White, la Commission élue du Sommet des Premières Nations et la Commission des traités de la Colombie-Britannique, parmi de nombreuses personnes généreuses qui ont contribué à l'organisation de la conférence. L'ICAJ ne peut présumer être à l'abri de la reproduction de préjudices envers les peuples autochtones. L'un de ces préjudices, particulièrement dans le contexte d'une conférence, est l'exploitation des questions autochtones. Dans l'ensemble, la participation des experts autochtones et des membres de la communauté peut être comprise comme un acte de confiance envers les organisateurs et les participants, en particulier les intervenants du

milieu judiciaire, qui feront l'effort non seulement d'écouter et d'apprendre, mais aussi de donner suite à ce qu'ils ont appris. L'ICAJ espère sincèrement faire avancer les mesures et les changements réclamés par les participants autochtones présents à la conférence.

La conférence a été un succès en raison du temps, des efforts et de la confiance que les experts juridiques autochtones, les membres de la communauté et les dirigeants ont généreusement offerts, et ce cadeau ne peut être reçu gratuitement, peu importe la générosité avec laquelle il a été offert. Les experts et les participants autochtones ont participé à des discussions qui peuvent soulever des sujets difficiles et traumatisants. De plus, l'information échangée lors de ces événements était marquée par la profondeur des connaissances et des travaux produits sous la forme de témoignages, de constatations, de preuves, de recommandations et d'appels à l'action de commissions d'enquête publiques, de rapports et d'enquêtes comme la CEAJA, la CRPA, la CVR, l'ENFFADA et le rapport Viens, pour n'en nommer que quelques-uns.

# LES PEUPLES AUTOCHTONES ET LE DROIT

45<sup>e</sup> CONFÉRENCE ANNUELLE | S'adresse à toute la communauté juridique

# ICAJ

Institut canadien  
d'administration  
de la justice

Écouter. Apprendre. Inspirer.

DU 17 AU 19 NOVEMBRE 2021 | EN PERSONNE À VANCOUVER ET EN LIGNE



## Sacred Circle

Par *Dylan Thomas*,  
un artiste Salish de la  
côte de la Première  
Nation Lyackson

### Président d'honneur

*L'honorable Murray Sinclair*

### Président

*L'honorable  
Robert J. Bauman  
Juge en chef de la  
Colombie-Britannique et de  
la Cour d'appel du Yukon*

La 45<sup>e</sup> Conférence annuelle de l'ICAJ sur les peuples autochtones et le droit permettra d'explorer l'état actuel de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones au Canada et d'en figurer l'avenir. La décolonisation des institutions juridiques, la réconciliation avec les peuples autochtones et les séquelles d'une relation de type colonial seront au cœur de la discussion.

Les récentes découvertes de tombes anonymes sur les sites de pensionnats autochtones viennent renforcer le message de la Commission de vérité et réconciliation d'un « processus continu visant à établir et à maintenir des relations respectueuses » avec les peuples autochtones. Cette conférence favorisera le dialogue, les échanges, l'apprentissage et l'exploration du message de la CVR.

**Inscription :** <https://ciaj-icaj.ca/fr/programmes-a-venir/conference-annuelle-2021/>

*NOTE : Ce programme est offert en salle, à l'hôtel Fairmont Vancouver, et en ligne. Le nombre de personnes admises sur le site dépendra des mesures de santé publique. Voir la note détaillée en page 2.*

- Formation dont l'admissibilité a été confirmée par le Barreau du Québec aux fins de la formation continue obligatoire.
- La participation à ce programme est approuvée, conformément à l'article 41(1) de la Loi sur les juges.

Partenaires  
d'événement :



MillerTiterle  
+Company

PAPE  
SALTER  
TEILLET LLP



COURTHOUSE  
LIBRARIES | BC

## PROGRAMME SELON LES DIFFÉRENTS FUSEAUX HORAIRES AU CANADA

**HP** : 9 h – 14 h    **MT** : 10 h – 15 h    **CT** : 11 h – 16 h    **HE** : Midi – 17 h    **HA** : 13 h – 18 h    **NT** : 13 h 30 – 18 h 30

**AVIS** : Ce programme est offert en salle, à l'hôtel Fairmont Vancouver, et en ligne. Le nombre de personnes admises sur le site dépendra des mesures de santé publique. Si la présence en salle est limitée, les premières personnes inscrites auront priorité. S'il n'est pas permis de se réunir, le programme restera le même, mais se déroulera entièrement en ligne. Le programme est à l'heure du Pacifique.

### PRÉSIDENT D'HONNEUR

L'honorable Murray Sinclair

### PRÉSIDENT

L'honorable Robert J. Bauman

Juge en chef de la Colombie-Britannique et de la Cour d'appel du Yukon

### COMITÉ ORGANISATEUR

#### Coprésidents

L'honorable juge James O'Reilly

Cour fédérale; président, ICAJ

L'honorable juge P. Colleen Suche

Cour du Banc de la Reine du Manitoba; première vice-présidente, ICAJ

#### Membres

L'honorable juge Thomas J. Crabtree

Cour suprême de la Colombie-Britannique

Chef des affaires judiciaires, INM

Jennifer Cox

Mi'kmaq Rights Initiative, Nouvelle-Écosse

La professeure Aimée Craft

Université d'Ottawa

L'honorable juge Tina Dion

Cour provinciale de la Colombie-Britannique

L'honorable juge Tracy Engelking

Cour supérieure de justice (Ontario)

L'honorable juge en chef Melissa Gillespie

Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Mark Gervin

Conférencier/Directeur des services juridiques

Cliniques juridiques communautaires autochtones

Le professeur Jeffery Hewitt

Osgoode Hall Law School, Université York

Adam Letourneau, c.r.

Fondateur et associé directeur, Letourneau LLP

Le professeur Bradford Morse

Faculté de droit, Université Thompson Rivers

L'honorable juge Michelle O'Bonsawin

Cour supérieure de justice (Ontario)

Christine O'Doherty

Avocate; directrice générale, ICAJ

Le professeur Kent Roach

Faculté de droit, Université de Toronto

Scott Robertson

Associé, Nahwegahbow Corbiere

Genoodmagejig Barristers & Solicitors

L'honorable juge en chef Michael Wood

Cour d'appel, Nouvelle-Écosse

Deuxième vice-président, ICAJ

---

## JOUR 1 | MERCREDI 17 NOVEMBRE – Heure du Pacifique

---

### 8 h – 9 h **INSCRIPTION ET DÉJEUNER – SALLE PACIFIC BALLROOM** **CONNEXION AU PROGRAMME EN LIGNE**

### 9 h – 10 h **RECONNAISSANCE À LA TERRE ET MOT DE BIENVENUE**

*Coprésident du progr.* • L'honorable juge James W. O'Reilly, Cour fédérale; président de l'ICAJ

*Gardiennne du savoir* • Debra Sparrow, gardienne du savoir de la Première Nation Musqueam, tisserande et artiste, Vancouver

*Président* • L'honorable Robert J. Bauman, juge en chef de la Colombie-Britannique et de la Cour d'appel du Yukon

*Coprésidente du programme* • L'honorable juge P. Colleen Suche, Cour du Banc de la Reine du Manitoba; première vice-présidente de l'ICAJ

*Président d'honneur* • L'honorable Murray Sinclair

*Invité spécial* • Le Chef Robert Joseph, OC, OBC, Réconciliation Canada

*Maître de cérémonie* • Scott Robertson, associé principal, Nahwegahbow, Corbiere

### 10 h – 11 h 30 **PANEL N° 1 | Les voix d'hier, d'aujourd'hui et de demain**

*Mots clés : expériences, aspirations et inspirations*

*Modératrice* • L'honorable juge Michelle O'Bonsawin, Cour supérieure de justice (Ontario)

*Conférenciers* • Georges Erasmus, OC, ancien chef national de l'Assemblée des Premières Nations; ancien coprésident de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones

• Phil Fontaine, OC, OM, ancien chef national de l'Assemblée des Premières Nations

• L'Aînée Kathy Louis, OBC

---

### 11 h 30 – Midi **PAUSE REPAS** (des boîtes à lunch seront distribuées en salle)

---

### Midi – 14 h **PANEL N° 2 | Bilan de l'héritage et de l'impact de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR)**

*Mots clés : analyse des initiatives en cours, changements gouvernementaux et législatifs post rapport final de la CVR, accès à la justice, décolonisation, mouvement « Land Back », préservation et restauration des langues*

*Modérateur* • L'honorable juge Alexander Wolf, Cour provinciale de la Colombie-Britannique

*Conférenciers* • La professeure Aimée Craft, Section de common law, Université d'Ottawa

• L'honorable juge Shannon Smallwood, première juge de la Première Nation Déné nommée à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest

• La professeure Sheryl Lightfoot, conseillère principale, Bureau de la présidence des affaires autochtones; titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les droits et les politiques concernant les Autochtones du monde; professeure agrégée, programme d'études sur les Autochtones et les Premières Nations, département de science politique, Université de la Colombie-Britannique

### 14 h 30 – 15 h **ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DES MEMBRES DE L'ICAJ**

### 17 h – 19 h **COCKTAIL DE RÉSEAUTAGE | SALLE VANCOUVER**

**ART & INFO** | TOUS LES JOURS, SALLE VANCOUVER : Rencontrez des artistes et artisans autochtones, découvrez leurs magnifiques œuvres, et informez-vous aux kiosques de nos partenaires.

---

## JOUR 2 | JEUDI 18 NOVEMBRE – Heure du Pacifique

---

### 8 h – 9 h DÉJEUNER CONTINENTAL – CONNEXION AU PROGRAMME EN LIGNE

Maître de cérémonie • Scott Robertson, associé principal, Nahwegahbow, Corbiere

### 9 h – 10 h 30 PANEL N° 3 | Lois et système de justice autochtones

*Mots clés : Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, décolonisation, mise en œuvre de la DNUDPA au niveau national, pluralisme juridique, autodétermination, article 35 de la Charte canadienne, ordres juridiques autochtones, compétence autochtone*

Modérateur • Le professeur Bradford Morse, Faculté de droit, Université Thompson Rivers  
Conférenciers • La professeure Val Napoleon, directrice, programme JD/JID; titulaire de la Chaire de recherche sur la justice et la gouvernance autochtones de la Fondation du droit, Université de Victoria  
• Joyce King, directrice, département de la Justice, Conseil mohawk d'Akwesasne, Tribunal d'Akwesasne; Juge de paix en vertu de l'article 107 de la *Loi sur les Indiens*  
• L'honorable juge Garth Smith, First Nation Court of New Westminster, British Columbia

---

### 10 h 30 – 10 h 45 PAUSE

---

### 10 h 45 – Midi PANEL N° 4 | Panel étudiant : Que signifie être Autochtone et étudier le droit aujourd'hui?

*Mots clés : compétence culturelle, formation interculturelle, perspectives autochtones sur l'éducation, place du droit autochtone dans les programmes des Facultés de droit, expertise et compétence autochtone*

Modérateur • Mark Gervin, avocat; directeur des services juridiques, Cliniques juridiques communautaires autochtones, Université de la Colombie-Britannique  
Conférenciers • Jamie-Lee Keith, étudiante, Faculté de droit, Université Thompson Rivers  
• Shayla Praud, étudiante, Faculté de droit, Université de Victoria  
• Verukah Poirier, étudiante, Peter A. Allard School of Law, Université de la Colombie-Britannique  
• Cassandra Sawers, étudiante, Peter A. Allard School of Law, Université de la Colombie-Britannique  
• Justin Thompson, étudiant, Osgoode Hall Law School, Université York

---

### Midi – 12 h 30 PAUSE REPAS (des boîtes à lunch seront distribuées en salle)

---

### 12 h 30 – 14 h PANEL N° 5 | Protection de l'enfance et réformes

*Mots clés : ce que nous faisons, ce que nous pouvons faire, la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis, comment différentes communautés tentent d'intégrer les lois et les décisions en matière autochtone dans leur système de protection de l'enfance*

Modératrice • L'honorable juge Tracy Engelking, Cour supérieure de justice (Ontario)  
Conférenciers • La professeure Sarah Morales, Faculté de droit, Université de Victoria  
• Halie Bruce, J.D., avocate, arbitre et médiatrice, Cedar & Sage Law, Colombie-Britannique  
• Cindy Blackstock, OC, MSRC, directrice générale, Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada

---

## JOUR 3 | VENDREDI 19 NOVEMBRE – Heure du Pacifique

---

### 8 h – 9 h DÉJEUNER CONTINENTAL – CONNEXION AU PROGRAMME EN LIGNE

*Maître de cérémonie* • Scott Robertson, associé principal, Nahwegahbow, Corbiere

### 9 h – 10 h 15 PANEL N° 6 | **Le traitement des délinquants autochtones au Canada**

*Mots clés : le taux d'incarcération, l'approche des tribunaux, les effets du processus Gladue, intégration des traditions culturelles dans le processus judiciaire traditionnel*

*Modérateur* • L'honorable juge James W. O'Reilly, Cour fédérale; président de l'ICAJ

*Conférenciers* • L'honorable juge Michelle O'Bonsawin, Cour supérieure de justice (Ontario)

• L'honorable Kim Pate, OC, sénatrice, Sénat du Canada

• Le professeur Kent Roach, Faculté de droit, Université de Toronto

• Jonathan Rudin, avocat, directeur de programmes, Service d'aide aux autochtones, Toronto

---

### 10 h 15 – 10 h 30 PAUSE

---

### 10 h 30 – Midi PANEL N° 7 | **Premières Nations, Métis et Inuits : gouvernance et autonomie**

*Mots clés : réconciliation, le processus de traités modernes, les revendications territoriales, les voies par lesquelles les peuples autochtones peuvent exercer leur compétence, la souveraineté sur les terres, dans quelle mesure la société majoritaire va-t-elle laisser place à la souveraineté autochtone/ressources naturelles*

*Modératrice* • L'honorable juge Tina Dion, Cour provinciale de la Colombie-Britannique

*Conférenciers* • Jason T. Madden, avocat métis, associé codirecteur, Pape Salter Teillet LLP

• Merle Alexander, c.r., associé principal, Indigenous Law Group, Miller Titerle Law Corp.

• Brenda Young, directrice, justice communautaire, Première Nation Chippewa

• Nadir André, avocat spécialisé en droit autochtone, associé, BLG, Montréal

---

### Midi – 12 h 30 PAUSE REPAS (des boîtes à lunch seront distribuées en salle)

---

### 12 h 30 – 14 h PANEL N° 8 | **Rapports et enquêtes sur les peuples autochtones et le racisme systémique**

*Mots clés : Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones assassinées et disparues, appels à la justice, appels à l'action, changer la vie des femmes autochtones, quels sont les appels à l'action, que faire ensuite*

*Modérateur* • L'honorable juge Leonard Marchand, Cour d'appel de la Colombie-Britannique

*Conférenciers* • L'honorable Douglas R. Campbell

• L'honorable juge Diana Vandor, Cour provinciale de la Colombie-Britannique

• Marie-Andrée Denis-Boileau, avocate; ancienne procureure à la Commission Viens, Québec; ancienne « avocate Gladue », Legal Aid BC

• La professeure Mary Ellen Turpel-Lafond, directrice, Centre d'histoire et de dialogue sur les pensionnats autochtones, Peter A. Allard School of Law, Université de la Colombie-Britannique

### MOT DE LA FIN ET CÉRÉMONIE DE CLÔTURE

*Coprésidente du programme* • L'honorable juge P. Colleen Suche, Cour du Banc de la Reine du Manitoba; première vice-présidente de l'ICAJ

• Le chancelier Steven Lewis Point, Université de la Colombie-Britannique

## VOTRE RÉSEAU JURIDIQUE MULTIDISCIPLINAIRE ET BILINGUE D'UN OCÉAN À L'AUTRE

L'ICAJ est un organisme sans but lucratif indépendant qui rassemble les individus et les institutions au service de l'administration de la justice, et ce, d'un bout à l'autre du Canada. Son approche multidisciplinaire couvre un large spectre. En collaboration avec les gouvernements, les tribunaux, les associations professionnelles, les facultés de droit et les cabinets d'avocats, l'ICAJ parraine et organise des conférences et des séminaires spécialisés et prépare divers rapports et documents traitant de sujets approfondis. Ses services sont offerts dans les deux langues officielles.

### DEVENEZ MEMBRE ET :

- Économisez 150 \$ par programme en salle et comblez vos heures de formation continue
- Visionnez nos webinaires sans frais (35 \$ par webinaire pour les non-membres)
- Faites partie d'un réseau juridique multidisciplinaire et pancanadien
- Contribuez à l'amélioration du système de justice

<https://ciaj-icaj.ca/fr/adhesion/>

## Contactez-nous!

Veillez nous contacter pour en savoir davantage sur notre organisme et sur les avantages de l'adhésion, ou pour contribuer à notre mission.

### Institut canadien d'administration de la justice

5950, chemin de la Côte-des-Neiges, bureau 450  
Montréal, Québec, Canada  
H3S 1Z6

Tél. : 514 731-2855

Courriel : [icaj@ciaj-icaj.ca](mailto:icaj@ciaj-icaj.ca)



[www.ciaj-icaj.ca](http://www.ciaj-icaj.ca)